Die Genehmigung seitens des Vormundschaftsgerichtes. Ihre Rechtsnatur und ihre Behandlung.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Philippsuniversität zu Marburg

vorgelegt von

Wolfgang Burhenne
Gerichtsreferendar aus Berlin.

Marburg 1930

Bad-Druckerei Franz Schulte Nflg., Bad Oeynhausen

Von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät als Dissertation angenommen am 23. November 1929.

Referent: Herr Geheimrat Prof. Dr. Manigk.

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

Meinen lieben Eltern!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554424_0158

Inhaltsverzeichnis.

I. Teil. Einleitung . . . . . .

§ 1. A. Allgemeines und Geschichtliches über die Vormundschaft . . . . . .

§ 2. B. Die Tätigkeit des Vormundschaftsgerichtes . . . .

§ 3. C. Die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung in Hinsicht der zu genehmigenden Rechtsakte . . . .

II. Teil. Die Rechtsnatur der Genehmigung und die Angriffsmöglichkeit bei fehlerhafter Erteilung . . .

§ 4. A. Allgemeine Bedeutung der Genehmigung . . . .

§ 5. B. Die Rechtsnatur . . . . . .

C. Die Angriffsmöglichkeit . . . . . .

§ 6. I. Die Anwendung der Anfechtungsvorschriften des B.G.B. . . . . .

1. Die dafür sprechenden Gründe und ihre Vertreter . . . . . .

§ 7. 2. Die praktische Anwendung . . . . . .

§ 8. II. Die gegen eine Anwendung der Anfechtungsvorschriften des B.G.B. sprechenden Gründe und ihre Vertreter . . . . . .

III. Andere Angriffsmöglichkeiten . . . . . .

§ 9. 1. Anfechtung durch den Vormund wegen eigener Mängel des Rechtsgeschäftes . . . . . .

§ 10. 2. Zurücknehmbarkeit und Unwirksamkeit als Verwaltungsakt . . . . . .

III. Teil. Die materiellrechtliche Behandlung der Genehmigung . . . . . .

§ 11. A. Die Anwendbarkeit der Vorschriften über Zustimmung im B.G.B. auf die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung . . . . . .

§ 12. B. Die Genehmigung als gesetzliche Bedingung des Geschäftes und die bedingte Genehmigung . . .

§ 13. C. Die Genehmigung bei Pflichtwidrigkeit des Vormundes und bei fehlerhaftem Rechtsgeschäft . .

D. Verpflichtung des Mündels zur Vornahme des Geschäftes. Genehmigung zu einem Prozeß des Vormundes . . . . . .

§ 14. 1. Die obligatorische Verpflichtung im Allgemeinen

§ 15. 2. Rechtskräftige Verurteilung des Mündels . . .

§ 16. 3. Genehmigung zur Prozeßführung . . . . . .

§ 17. E. Die „Mitteilung“ im Sinne des § 1829 Abs. 1 Satz 2 B.G.B. . . . . .

IV. Teil. Formrechtliche Fragen . . . . . .

§ 18. A. Das Antragsrecht . . . . . .

§ 19. B. Das Beschwerderecht . . . . . .

§ 20. C. Die Form der Genehmigung . . . . . .

§ 21. D. Der Nachweis der Genehmigung im Grundbuchverkehr . . . . . .

E. Bevollmächtigung eines Dritten . . . . . .

§ 22. F. Unzuständigkeit und Ausschließung des Richters .

Literaturverzeichnis.

v. Amelunxen: Die gerichtliche Erbteilung in ihren juristischen Grundlagen. D. Not. V. 1907 S. 4. ff.

v. Amelunxen: Freiwillige Gerichtsbarkeit und freiwillige Urteile. (Anerkenntnisurteile) Z. Bl. 7, S. 547 ff.

Andersen: Ungültige Verwaltungsakte mit besonderer Berücksichtigung der Ungültigkeitsgründe, übersetzt von Dr. W. Pappenheim, 1927.

Anton: Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875, 2. Auflage, 1879.

Birkenbihl: Die freiwillige Gerichtsbarkeit. Kommentar zum Reichsgesetz. Berlin 1900.

v. Blume: Zustimmung kraft Rechtsbeteiligung und Zustimmung kraft Aufsichtsrechts. J.J. 48, S. 417 ff.

Breit: Geschäftsfähigkeit. Leipzig 1903.

Breit: Zur Lehre von der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung. Z. Bl. 4, S. 473, 569, (389) ff.

Brettner: Besprechung zu Philler: Das Vormundschaftsrecht des deutschen B.G.B. im Recht 1900, S. 84 ff.

Bülow: Geständnisrecht. Freiburg 1899.

du Chesne: Das Beschwerderecht in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Z. Bl. 3, S. 324 vgl. auch Z. Bl. 2, S. 624 und 4, S. 189.

Dernburg: Deutsches Familienrecht. 4. Auflage 1908. Zit.: F. R.

Dernburg: System des römischen Rechts, der Pandekten 8. Auflage, 2. Teil Berlin 1912. Zit.: Pandekten.

Dernburg: Das Vormundschaftsrecht der preußischen Monarchie, 3. Auflage 1886. Berlin. Zit.: Vormundschaftsrecht.

Doerr: Rechtsunwirksamkeit der Zustimmung des Vormundes zur Löschung einer Hypothek auf dem Mündelgrundstück ohne Genehmigung. (Ein Beitrag zur Auslegung und Anwendung des § 1812 B.G.B.) S. Bl. 71. S. 376 ff.

Dorner: Das Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Kommentar. 1899.

Eccius: Preußisches Privatrecht. 6. Auflage 1.

Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 8. und 9. Auflage 1908. II. Band. 2. Abt.: Familienrecht.

Engelmann: Zur Auslegung des § 1829 B.G.B. D.Not.V. 1923. S. 95 ff.

Fleiner: Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts. 8. Auflage. Tübingen 1928.

Fohr: Die elterliche Gewalt nach dem Rechte des Deutschen Reichs. A.f. Z. P. 92 S. 378 ff.

Friedrichs: Der allgemeine Teil des Rechts. Berlin und Leipzig 1927.

Fuchs: Die Anfechtbarkeit der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes. Recht 1912 S. 110 ff.

Fuchs: Familienrecht. III. Abschnitt: Vormundschaftsrecht. München 1909. zit.: F.R.

Fuchs: Das Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Mai 1898 unter Berücksichtigung des preußischen Gesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit vom 21. September 1899. 2. Ausgabe 1907. zit.: Kom.

O. Gierke: Deutsches Privatrecht. Leipzig 1895—1905.

Goldberg: Die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung. Diss. Rostock 1904.

Goldmann-Lilienthal: Das Bürgerliche Gesetzbuch. III. Band, Familienrecht. Berlin 1921.

Güthe: Grundbuchordnung. 2. Auflage 1911.

Hatschek: Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts. III. und IV. Auflage 1924.

Hübner: Grundzüge des deutschen Privatrechts. 2. Auflage 1913 (Leipzig). II. Abteilung.

Jellinek, Walter: Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen. Tübingen 1908. zit.: Staatsakt.

Jellinek, Walter: Verfassung und Verwaltung des Reichs und der Länder in Teubners Handbuch der Staats- und Wirtschaftskunde (I. Abt.) II. Band. 2. Heft. zit.: Teubner.

Josef: Die Anfechtbarkeit der die Genehmigung von Rechtshandlungen des Vormundes betreffenden Verfügungen im Lichte der Praxis. Ein Beitrag zur Auslegung des § 62 R.F.G.G. Z.Bl. 5. S. 203 ff.

Josef: Die Anfechtbarkeit des vormundschaftsgerichtlich genehmigten Rechtsgeschäfts wegen Willensmängel des Richters. S.Bl. 77. S. 315 ff.

Josef: Beschwerde gegen Verfügungen des Vormundschaftsgerichtes. Z.Z.P. 28. S. 300 ff.

Josef: Der Einfluß des Bürgerlichen Rechts auf Verfahrenshandlungen und auf Entscheidungen in der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Z.Z.P. 42 S. 21 ff.

Josef: Die Einwirkung des rechtskräftigen Urteils auf die Entscheidungen des Gerichts der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Z.Bl. 15. S. 529 ff.

Josef: Gesetzwidrige Einziehung von Abgaben in ihrer Einwirkung auf die Zulässigkeit des Rechtsweges sowie Aufrechnung öffentlichrechtlicher und privatrechtlicher Forderungen gegeneinander. V.A. 24. S. 324 ff.

Josef: Die Haftpflicht von Körperschaften des öffentlichen Rechts (Staat, Gemeinde, Universität) für den Betrieb von Wohlfahrtsanstalten. V.A. 26. S. 83.

Josef: Kleinere Streitfragen aus dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit. D.Not.V. 1905. S. 164 ff.

Josef: Das Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Mai 1898 und das preußische Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit vom 21. X. 1899, 2. Auflage 1906. zit.: Kommentar.

Josef: Macht die Verurteilung des Mündels die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes überflüssig? Recht 1913 S. 130 ff.

Josef: Nochmals die „Mitteilung" des Vormundes nach B.G.B. § 1829 Josef: Bay.Z. 1925 S. 353 ff.
Abs. 1 Satz 2. Z.Bl. 5 S. 649 ff.

Kipp: Die Anfechtbarkeit der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes. Recht 1912. S. 556 ff.

Kipp: Eine Frage der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung. Recht 1913 S. 45 ff.

Kipp: Ist die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes nach Art eines Rechtsgeschäftes anfechtbar? Recht 1912. S. 10 ff.

Kipp: Verurteilung zur Abgabe von Willenserklärungen. Aus: Kieler Festgabe für Jhering 1892. zit.: Festgabe.

Kipp-Wolff: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts II. Band. 2. Abt. Familienrecht. 4. Bearbeitung 1923.

P. Klein: Rechtshandlungen im engeren Sinne, München 1912 in Fischers Abhandlungen Bd. 25. Heft 2.

Kockerols: Genehmigungsbedürftige Rechtsgeschäfte mit notarieller Beurkundung. S.Bl. 68. S. 118 ff.

Kockerols: Vormundschaftsgerichtliche Genehmigung Z.Bl. 1 S. 438 ff.

Köppen: Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden. J. J. 11 S. 139 ff.

Kormann: Festschrift der Berliner Juristischen Fakultät für Ferd. v. Martitz (Besprechung) A.f.Ö.R. 30 S. 272 ff.

Kormann: System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte. Berlin 1920. zit.: System.

Kuttner: Ueber die Urteilswirkungen und Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes, besonders im römischen Recht. Aus: Festschrift für Ferd. v. Martitz, Berlin 1911 S. 235 ff. Zit.: Festschrift.

Kuttner: Urteilswirkungen außerhalb des Zivilprozesses in Fischers Abhandlungen Bd. 26. München 1914.

Lehmann: Familienrecht einschließlich Jugendfürsorgerecht 1926.

Lindemann-Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch II. Band. Berlin, Stuttgart, Leipzig 1921.

Manigk: Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte. Breslau 1901. Zit.: A.

Manigk: Willenserklärung und Willensgeschäft 1907. Zit.: We. u. Wg.

Manigk: Die Rechtsprechung des Reichsgerichtes in Zivilsachen. Der 118. Band der amtlichen Sammlung. D.J.Z. 1928 S. 1439 ff.

Manigk: Unwirksamkeit, Ungültigkeit. Im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft. Band VI. 1929 S. 292 ff. Zit.: H. W.

Mayer-Reis: Lehrbuch des Familien- und Erbrechts. 2. und 3. Aufl. 1900.

Meisner: Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz. Kommentiert von J. Meisner. 4. Buch, Familienrecht. Breslau 1905.

Meyer: Annalen 1875.

Meyer: Zur Auslegung der §§ 1829—1832 B.G.B. Gruchots Beitr. 52. S. 1 ff.

Michel: Absolute Nichtigkeit von Zivil- u. Strafurteilen. Diss. Jena 1906.

Motive: Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Band IV. Familienrecht. 1888.

Neuhäuser: Die Erschleichung rechtsgeschäftlicher Verwaltungsakte durch Täuschung von Behörden. Heft 8 der Abhandlungen und Mitteilungen aus dem Seminar für öffentliches Recht und Sozialrecht. Hamburg 1921.

Neumann: Handwörterbuch des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. II. Band 6. Auflage. Berlin 1912.

Oehl: Ueber die Genehmigung zu gerichtlichen und notariellen Verträgen. Bay.Not.Z. 1902. S. 145 f.

Oertmann: Das Bürgerliche Gesetzbuch. Allgemeiner Teil. 3. Auflage 1927.

Opet-Blume: Das Familienrecht. III. Abschnitt. Vormundschaft. 1904.

Planck: Bürgerliches Gesetzbuch. IV. Band. Familienrecht.

Predari: Bemerkungen zu vorstehendem Aufsatze (betr. die Auslegung der §§ 1829 ff B.G.B.) Gruchots Beitr. 52 S. 17 f.

Protokolle: Protokolle für die 2. Lesung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Band IV. Familienrecht. 1897.

Rausnitz: Das Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Berlin 1900.

Rausnitz: Ueber die Nachlaßregulierung im Wege der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Z.Z.P. 25 S. 165 ff.

Reichsgerichtsrätekommentar: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, erläutert von Reichsgerichtsräten. 6. Auflage. Berlin-Leipzig 1928. Zit.: R.G.R.K.

Rosenbaum: Die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung im heutigen Recht. Diss. Greifswald 1915.

Schlomka: Ist die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung dem Grundbuchbeamten nachzuweisen? Z.Bl. 2 S. 871 ff.

Schmid: Die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung, deren Erklärung gegenüber dem Vormund und Wirksamkeit gegenüber dem Dritten. (§§ 1828 B.G.B., 55 R.F.G.G.) Z.Bl. 3 S. 266 ff.

Schroeder-Mugdan: Das deutsche Vormundschaftsrecht. Berlin 1900.

Schultetus: Handbuch des Vormundschaftsrechts. 1900.

Schultheiß: Der deutsche Vormundschaftsrichter. Berlin 1900. Zit.: Vormundschaftsrichter.

Schultheiß: Der Nachweis der obervormundschaftlichen Genehmigung im Grundbuchverkehr. Z.Bl. 3. S. 261 ff.

Schultheiß: Die Mitteilung nach B.G.B. § 1829 Abs. 1 Satz 2 als Voraussetzung der Wirksamkeit der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung. Z.Bl. 5 S. 361 ff.

Schultzenstein: Das Beschwerderecht in Vormundschaftssachen nach dem Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Z.Z.P. 25 S. 189 ff.

Schultzenstein-Köhne: Das deutsche Vormundschaftsrecht und das preußische Gesetz über die Fürsorgeerziehung Minderjähriger. 2. Auflage 1901.

Sohm: Institutionen. 17. Auflage (8.—9. Tausend) 1928. Herausgegeben und bearbeitet von Mitteis-Wenger-München.

Sommerfeld: Der Einfluß des deutschen Rechts auf das Vormundschaftsrecht des B.G.B. Diss. Jena 1913.

Staudinger: Familienrecht. IV. Band. 2. Teil. 9. Auflage 1926

Stein-Jonas: Ziv.-Proz.-Ordn., Kommentar: 12. u. 13. Aufl. 1926. Bd. II.

v. Tuhr: Der allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches II. Band, 1. und 2. Hälfte 1918.

Unger: Die Rechtsmittel im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit nach Reichsrecht. Z.Z.P. 41 S. 143 ff.

Wach: Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechts Band I 1885.

Wachler: Die preußische Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875. 2. Auflage 1879, Breslau.

Warneyer: Kommentar des Bürgerlichen Gesetzbuches Band II 1927 Tübingen.

Wedermann: Das deutsche Vormundschaftsrecht 1929. Ansbach.

Weißler: Kommentar zum Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Mai 1889. Berlin 1900.

Werneburg: Streitiges zu § 1829 B.G.B. F.Z.Bl. 10 S. 184 ff.

Wilutzky: Die preußische Vormundschaftsordnung. Berlin 1892.

Abkürzungen.

ALR.	Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten.
A.f.Ö.R.	Archiv des öffentlichen Rechts. Tübingen.
A.Z.P. und A.f.Z.P.	Archiv für die zivilistische Praxis.
Bay.Not.Z.	Zeitschrift für das bayrische Notariat und für die freiwillige Rechtspflege in Bayern.
Bay.Z.	Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern.
D.J.Z.	Deutsche Juristen-Zeitung.
D.Not.V.	Zeitschrift des deutschen Notarvereins.
Fischers Abh.	Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des deutschen Reiches.
F.Z.Bl.	Zentralblatt für Vormundschaftswesen, Jugendgerichte und Fürsorgeerziehung.
G.B.O.	Grundbuchordnung für das deutsche Reich vom 24. März 1897
Gew.O.	Gewerbeordnung für das deutsche Reich.
Gruchots Beitr.	Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begr. von Gruchot.
J.E.F.G.	Jahrbuch für Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchwesens, herausgegeben von Ring.
J.J.	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts.
J.M.Bl.	Justizministerialblatt.
Jur.Wo.	Juristische Wochenschrift.
K.G.J.	Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, herausgegeben von Johow-Ring.

O.L.G.E. Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausgegeben von Mugdan und Falkmann.

Pr.V.O. Preußische Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875.

R.Abg.O. Reichsabgabenordnung vom 13. Dezember 1919.

Recht. Das Recht. Rundschau für den deutschen Juristenstand, herausgegeben von Soergel.

R.F.G.G. Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

R.G. Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

R.G.R.K. Das Bürgerliche Gesetzbuch erläutert von Reichsgerichtsräten.

Rspr.d.OLG. vgl. O.L.G.E.

Seuff.A. Seufferts Archiv.

S.Bl. Seufferts Blätter für Rechtsanwendung.

V.A. Verwaltungsarchiv (Preußisches . . .)

Z.Bl. Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit, Notariat und Zwangsversteigerung.

Z.Z.P. Zeitschrift für den deutschen Zivilprozeß.

§ 1.

Die Genehmigung seitens des Vormundschaftsgerichtes ist die Tätigkeit eines staatlichen Organes, die ihrem Wesen nach in das Gebiet des Vormundschaftsrechtes einzureihen ist. Das Vormundschaftsrecht ist der Inbegriff von Normen, die die Fürsorge über die Person und das Vermögen von Menschen regeln, die nicht im Stande sind, ihre eigenen Angelegenheiten selbst zu besorgen oder aber infolge geistiger oder körperlicher Gebrechen diesen gleich geachtet werden. Organe dieser Fürsorgetätigkeit sind der Vormund (Alleinvormund, Mitvormund und Gegenvormund), der Pfleger, dessen Aufgabenkreis in vielen Beziehungen dem eines Vormundes gleichgestellt ist, und daneben das Vormundschaftsgericht. Außerdem sind der Familienrat und der Gemeindewaisenrat, an dessen Stelle nach dem Jugendwohlfahrtsgesetz §§ 3 Ziffer 2; 42 die Jugendämter getreten sind, mit vormundschaftlicher Fürsorgetätigkeit betraut worden.

Der Vormund ist eine vom Staate bestellte Vertrauensperson, die die vormundschaftliche Fürsorge unmittelbar ausübt. Das Vormundschaftsgericht ist eine Behörde, die vom Staate mit der Ausübung der diesem zustehenden Obervormundschaft betraut ist, und der in Vollziehung dieser Aufgabe insbesondere die Bestellung und Ueberwachung des Vormundes obliegt. Vormundschaft ist also Staatsaufgabe. Sowohl das Vormundschaftsgericht als auch der Vormund erfüllen; als vom Staate unmittelbar beauftragt, Staatsaufgaben.[1]) Die eigentliche, die Fürsorge ausübende verwaltende Tätigkeit ist dem Vormund zur selbständigen Wahrnehmung überwiesen worden. Das Vormundschaftsgericht ist im Prinzip nur auf eine Aufsicht über den Vormund beschränkt; das Verhältnis ist ähnlich dem der staatlichen Aufsichtsbehörden zu den Selbstverwaltungskörpern.

Die Stellung des Staates zu dem Vormunde ist im Wandel der Zeiten nicht immer dieselbe gewesen. So hat vor allem das ALR. sich nicht darauf beschränkt, den Staat nur eine obervormundschaftliche Aufsicht ausüben zu lassen, sondern es hat den Schwerpunkt der vormundschaftlichen Fürsorge in die Tätigkeit des Staatsorganes verlegt.[2]) Der Vormund hatte die ihn heute auszeichnende Selbständigkeit nicht. Charakteristisch ist für das ALR., daß der Mündel als Pflegebefohlener des Staates galt.[3]) Die familienrechtliche Seite der Vormundschaft war dagegen völlig in den Hintergrund gedrängt. Aeußerlich trat dieser Standpunkt des ALR. dadurch in Erscheinung, daß es das Vormundschaftsrecht in seinem Systeme dem Staatsrechte einreihte (Teil II, Titel 18).

---

[1]) Sohm, § 96 (S. 550) und § 92 (S. 42).
[2]) Hübner, S. 601 ff.; Dernburg F. R. S. 349.
[3]) Hübner, S. 602.

Inwieweit durch diese Organisation Uebelstände entstanden sind, soll hier nicht erörtert werden. Sie barg aber insofern eine große Gefahr in sich, als die Familie, die Trägerin verwandtschaftlicher und damit auch einer natürlichen vormundschaftlichen Fürsorge von ihrer Pflicht sich entlasten konnte, eine Gefahr, die sich bei allen vom Individuum dem Staate übertragenen Aufgaben zu einem Schaden für die Allgemeinheit auswirken kann.

Die neueren Gesetze, insbesondere die preußische Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 nahmen, besonders in Anbetracht des schwerfälligen Apparates im A.L.R., davon Abstand, dem Staate die gesamte Verwaltungstätigkeit bei der Führung der Vormundschaft aufzuerlegen.[1]) Die Pr.V.O. nahm eine vermittelnde Stellung ein, indem sie den Schwerpunkt der vormundschaftlichen Verwaltung in die selbständige Tätigkeit des Vormundes legte.[2]) Vor allem erkannte sie wieder als erste, wie im alten deutschen Recht, eine Art geborener Vormundschaft an, die auf Grund bestimmter Tatsachen für den unmittelbaren Erwerb der Vormundschaft ein besonderes Anwartschaftsrecht gab.[3]) Diesem Gedanken hat sich das Bürgerliche Gesetzbuch im wesentlichen angeschlossen.

Die Vormundschaft als solche ist ältesten Ursprungs, wir finden sie in den alten römischen und deutschen Rechten. Der Vorzug des alten germanischen Rechtes ist, daß schon von Anfang an die Gemeinschaft, die Sippe, eine Aufsicht über den Vormund, den Muntwalt, ausübte.[4]) Bei dem ausgeprägten Familiensinn der Germanen galt der Mündel als schutzbedürftiges Mitglied des Gemeinwesens. Zur Zeit der Karolinger trat neben den Familienschutz noch der Königsschutz.[5])

Im alten römischen Recht brach sich erst verhältnismäßig spät mit der lex Atilia (ca. 200 v. Chr.)[6]) ein Interesse des Staates an seinen schutzbedürftigen Mitgliedern Bahn. Wir finden allerdings von da ab eine sich steigernde Tätigkeit des Staates bei der vormundschaftlichen Fürsorge,[7]) die sich zu einer Höhe entwickelte, die der heutigen nur in wenigem nachstand.

So ist nach dem Vorbild des deutschen und römischen Rechtes das moderne Vormundschaftsrecht gebildet worden.[8]) Der integrierende Bestandteil des ganzen Vormundschaftswesens ist entsprechend der Tendenz des römischen und deutschen Rechtes die Mitwirkung des Staates bei der Vormundschaft geworden. Vormundschaft ist auch im heutigen Recht Staatssache. Dieser Satz ist festzuhalten, denn er bildet den Aus-

---

[1]) Hübner, S. 602.
[2]) Vgl. § 51 Pr.V.O.; Dernburg, V.R. S. 69 ff; derselbe, F.R. S. 350.
[3]) § 17 Pr.V.O.
[4]) Hübner, S. 599; Dernburg F.R. S. 349; Sommerfeld S. 24.
[5]) Hübner und Dernburg a. a. O.
[6]) Sohm § 93 (S. 543).
[7]) Dernburg S. 349 (oben).
[8]) Vgl. Sommerfeld, S. 21, 47.

gangspunkt der folgenden Erörterung. Es hat freilich das Vormundschaftsrecht, was den materiellen Teil anbetrifft, seine Kodifikation in dem Bürgerlichen Gesetzbuch gefunden. Damit ist es jedoch nicht reines Privatrecht geworden, sondern ist und bleibt, sofern das Interesse der Gesamtheit das maßgebende ist, öffentliches Recht.[1]) Mit der Wahrnehmung der Interessen des Staates ist in Preußen als obervormundschaftliche Behörde das Amtsgericht betraut worden. Die Tätigkeit des Amtsrichters ist insoweit aber nicht Rechtspflege - sondern Verwaltungstätigkeit. Im wesentlichen ist ihm nur eine organisatorische und überwachende Funktion zugewiesen worden, während die eigentliche Verwaltung bei dem Vormund liegt.[2])

Im Einzelnen hat das Vormundschaftsgericht den oder die Vormünder zu bestellen, einen Familienrat zu berufen, über die Tätigkeit des Vormundes Aufsicht zu führen und gegen Pflichtwidrigkeiten desselben einzuschreiten, gewisse Erziehungsmaßregeln anzuordnen und unter Umständen, wenn ein Vormund noch nicht bestellt oder der bestellte an der Ausübung seines Amtes verhindert ist, auch unmittelbar selbst verwaltende Tätigkeit auszuüben. Dazu hat es die im Interesse des Mündels erforderlichen Maßnahmen zu treffen. Eine der vornehmsten primären Aufgaben des Vormundschaftsgerichtes ist, die Aufsicht über das Vermögen des Mündels, die ihren Ausfluß, abgesehen von einer Pflicht des Vormundes zur Rechnungslegung und Sicherheitsleistung, in einem für den Vormund bestehenden Genehmigungszwang hat. Es ist mit anderen Worten die Gültigkeit gewisser Rechtsgeschäfte des Vormundes das Vermögen oder die Arbeitskraft des Mündels betreffend von der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes abhängig gemacht worden (vgl. besonders §§ 1821, 1822, 1812).

In formeller Beziehung sind diese Handlungen des Vormundschaftsgerichtes Tätigkeiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und unterstehen daher den Normen des Reichsgesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Die Geschichte der Jurisprudenz zeigt uns ein Genehmigungsrecht in scharfer Ausbildung zuerst bei dem Verbote der Veräußerung von Mündelgrundstücken durch die oratio Severi (195 n. Chr.)[3]) Nach ältestem römischen Recht war der Vormund in der Veräußerung des Mündelvermögens rechtlich unbeschränkt. Durch die oratio Severi wurde dem Vormund die Veräußerung landwirtschaftlicher Grundstücke, prädia rustica vel suburbanea, untersagt, sofern der Vormund nicht letztwillig dazu ermächtigt war. (1 11, 1 16, C. de prädiis 5. 71). Hieraus entwickelte sich dann allmählich, besonders im gemeinen Recht, für den Vormund ein allgemeines Veräußerungsverbot für alle erheblichen Veräußerungen aus dem Mündelvermögen, die nicht zur laufenden Verwal-

---

[1]) Dernburg, Pandekten Bd. I, § 21; vgl. denselben F.R. S. 351.
[2]) Dernburg, F.R. S. 370, 426 ff.
[3]) Dernburg, Vormundschaftsrecht S. 82.

tung gehörten. Zur gültigen Vornahme gehörte im römischen Recht ein vorgängiges, prätorisches Veräußerungsdekret, es sei denn, daß eine Notwendigkeit zur Vornahme (z. B. wegen Schulden) vorlag. Fehlte es an diesen Voraussetzungen, so war das Geschäft nichtig; es wurde jedoch konvalesziert durch eine eidliche Bestärkung des Mündels nach erlangter Pubertät (Autentica Sacramenta puberum), durch einfache Genehmigung nach erlangter Volljährigkeit und durch Ablauf von 5 Jahren nach diesem Zeitpunkt.

Grundsätzlich haben die neueren Gesetze diesen Gedanken, der erstmalig durch die oratio Severi verwirklicht worden ist, beibehalten; doch ist der Vormund bei der Veräußerung beweglicher Mündelsachen freier gestellt, (vgl. Preuß.V.O. §§ 41, 42, 46). Auch das Bürgerliche Gesetzbuch hat sich darauf beschränkt, gültige Verfügungen über unbewegliche Bestandteile des Mündelvermögens und sonstige wichtige Akte von der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes oder des Gegenvormundes abhängig zu machen (vgl. 1812, 1813, 1821, 1822). Diese Genehmigung zu behandeln, ist Aufgabe der vorliegenden Arbeit.

§ 2.

Dem Vormundschaftsgericht als obervormundschaftlichem Organe des Staates in Vormundschaftssachen sind weiterhin Aufgaben übertragen worden, die nicht in das eigentliche Muntrecht fallen, so insbesondere dem Eherecht und dem ehelichen Güterrecht angehörige Obliegenheiten, zum Teil sind aber auch die Anordnungen nicht rein aufsichtführender Natur, sondern das Vormundschaftsgericht wird auch unmittelbar für den Mündel tätig. Wie sich diese Tätigkeiten des Vormundschaftsgerichtes von einander unterscheiden, ist als erstes darzulegen.

Es gibt in der freiwilligen Gerichtsbarkeit Verfügungen des Vormundschaftsgerichtes, die rein formaler Natur sind, so z. B. die Bestätigung, die das Amtsgericht dem Adoptionsvertrag erteilt (§ 1741, § 1754 BGB.) Diese Mitwirkung des Gerichtes dient dazu, daß die im Interesse des Schutzbedürftigen aufgestellten Vorschriften beobachtet werden. Die Bestätigung hat eine gewisse Aehnlichkeit mit der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung. Es wird davon an anderer Stelle noch zu handeln sein.

Weiterhin finden wir Verfügungen, die eine Willenserklärung ersetzen. In dieser Weise wird das Vormundschaftsgericht meist dann tätig, wenn die zu einer Handlung erforderliche Zustimmung einer Person von dieser in ungerechtfertigter Weise nicht erteilt wird oder aber, wenn diese Person an der Erteilung der Genehmigung verhindert ist. (§§ 113; 1304 Abs. 2; 1308; 1337; 1358 Abs. 2; 1379; 1525; 1402; 1447; 1451; 1519; 1717; 1727; 1812 und 1358 Abs. 2 usw.). Diese Ersatzgenehmigung des Vormundschaftsgerichtes hat lediglich die Wirkung, daß das betreffende zu genehmigende Geschäft trotz der Weigerung bezw. der Verhinderung genehmigt wird. Das genehmigte Rechtsgeschäft bekommt

dadurch keine besondere Kraft, auch hat niemand ein Recht auf Erteilung dieser Ersatzgenehmigung. Der Vormundschaftsrichter urteilt nach freiem Ermessen, wie wenn er anstelle desjenigen stünde, dessen Genehmigung ersetzt wird. Wie sich schon aus der Aufzählung ergibt, liegen diese Fälle mehr im Gebiete des Eherechtes. Im eigentlichen Muntrecht finden wir diese Ersatzgenehmigungen seltener.

Eine der Ersatzgenehmigung ähnliche Tätigkeit des Vormundschaftsgerichtes ist die im § 1846 normierte. Dieser regelt den Fall des vormundlosen Mündels. Auch hier wird das Vormundschaftsgericht in Ersatz bezw. Vertretung des Vormundes tätig. Es handelt sich aber dabei nicht um eine einmalige Tätigkeit des Vormundschaftsrichters für einen besonderen Fall, sondern dieser kann, solange ein Vormund noch nicht tätig ist, sämtliche dem Vormund obliegende Geschäfte erledigen. Andererseits wird das Vormundschaftsgericht auch nicht erst auf Antrag tätig, sondern es hat kraft seiner obervormundschaftlichen Aufsicht von Amts wegen die erforderlichen Maßregeln zu treffen.

In der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung im engeren Sinne finden wir die reine Zwecktätigkeit des Vormundschaftsgerichtes, die es in Ausübung der obervormundschaftlichen Staatsgewalt im Interesse der schutzbedürftigen Personen entwickelt. Das ausführende Organ der Staatsgewalt, der Vormund, untersteht der obervormundschaftlichen Aufsicht. Die Mittel, die dem Vormundschaftsgericht zur Ausübung dieser Aufsicht zur Verfügung stehen, sind, wie meistens im öffentlichen Recht, zwiefacher Natur. Einmal kann das Vormundschaftsgericht als obervormundschaftliche Behörde dem Vormund als ihm unterstehenden Organ rein instruktionelle Anweisungen geben. Diese Instruktionen berühren nur das Verhältnis des Vormundes zum Vormundschaftsgericht. Folgt er diesen Anweisungen nicht, so macht er sich nur dem Vormundschaftsgericht gegenüber verantwortlich. Die von ihm entgegen den vormundschaftsgerichtlichen Anweisungen getroffenen Anordnungen bleiben bestehen und ihre Rechtswirksamkeit gegenüber der Außenwelt wird durch die Pflichtwidrigkeit des Vormundes nicht betroffen. Das Gesetz hat eine Regelung in der Weise gegeben, daß der gesetzliche Vertreter, der Vater oder der Vormund, bei gewissen, die Vermögenslage des Kindes oder Mündels betreffenden Geschäften vorher die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes einholen s o l l (§§ 1645; 1823; 1810 BGB.). Versäumt er die Einholung oder handelt er entgegen dem Verbot oder den Anweisungen des Vormundschaftsgerichtes, dann handelt er zwar pflichtwidrig, das von ihm vorgenommene Geschäft bleibt jedoch bestehen.

Einen erheblich stärkeren Schutz für den Mündel bilden die Vorschriften, die die Wirksamkeit der vom Vormund vorgenommenen Geschäfte von der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung abhängig machen. Versäumt hier der Vormund die Genehmigung einzuholen, so gilt der Grundsatz „nihil agitur“. Das vom Vormund trotzdem vorge-

nommene Rechtsgeschäft wird so behandelt, als wenn es nicht vorhanden ist. Es ist erklärlich, daß dieser Art der Genehmigung eine erheblich stärkere Kraft innewohnt, als allen bisher genannten vormundschaftsgerichtlichen Anordnungen und Verfügungen. Das Gesetz gibt dem auch schon durch seine konkrete Fassung Ausdruck: „Der Vormund bedarf der Genehmigung", „ist erforderlich", „kann nicht" (§§ 1821; 1822; 1803; 1805; 1814; 1816 u. a.).

§ 3.

Der Schutz, den das Gesetz durch diese strengen Bestimmungen für den Mündel schafft, beschränkt sich im großen und ganzen, besonders wenn man die §§ 1821, 1822 im Auge hat, lediglich auf das Vermögen des Mündels betreffende Geschäfte des Vormundes. Es drängt sich naturgemäß hier die Frage auf, wie es mit dem Schutz des Mündels bei solchen Rechtsakten gestellt ist, durch die seine Persönlichkeit, seine unmittelbare persönliche Rechtssphäre, betroffen wird, und ob weiterhin eine Vertretung in diesen höchstpersönlichen Angelegenheiten des Mündels möglich ist. In Frage kämen hierbei z. B. die Eingehung der Ehe (§§ 1317; 1325), Annahme an Kindesstatt (§§ 1741, 1745), die Errichtung und der Widerruf des letzten Willens (§§ 2229; 2253; 2254) usw. In diesen Fällen hat das Gesetz die Höchstpersönlichkeit durchgeführt und den geschäftsunfähigen Mündel von ihrer Vornahme ausgeschlossen, in der Erkenntnis, daß solche Handlungen vom Mündel selbst infolge seiner mangelnden Einsicht nicht übersehen und daher auch nicht ausgeführt werden können und eine Vertretung mit Rücksicht auf ihren höchstpersönlichen Charakter nicht statthaft erscheint.

In anderen Fällen hat das Gesetz dagegen das Prinzip der Höchstpersönlichkeit aufgehoben und eine Vertretung zugelassen, da es nicht angängig erschien, den geschäftsunfähigen Mündel von der Vornahme dieser Handlungen gänzlich auszuschließen, z. B. bei der Anfechtung der Ehe (§ 1336), Anfechtung und Anerkennung der Ehelichkeit (§ 1595 Abs. 2; 1599), Anfechtung eines Erbvertrages (§ 2282 Abs. 1).

„Das Gesetz glaubt nun aber, mit Rücksicht auf die einschneidende Bedeutung und die schwerwiegenden Folgen der hierhergehörigen Handlungen, die Entscheidung nicht dem gesetzlichen Vertreter allein überlassen zu dürfen und es erfordert daher fast regelmäßig noch als besondere Garantie dafür, daß die Vornahme der Handlung unter den besonderen Umständen des konkreten Falles auch wirklich den Interessen des Geschäftsunfähigen entspricht, die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes. Sie soll ersetzen, was der Verzicht auf die Höchstpersönlichkeit aufgibt.[1])

Ebenso ist, obwohl das Gesetz grundsätzlich den beschränkt Geschäftsfähigen in diesen höchstpersönlichen Angelegenheiten dem unbeschränkt Geschäftsfähigen gleichgesetzt hat, in manchen Fällen auch für diesen die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters (Vaters, Vormundes

[1]) Breit, Z.B.L. S. 396.

oder Pflegers) und für besonders in die Rechtssphäre des beschränkt Geschäftsfähigen einschneidende Rechtshandlungen die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes erforderlich.

Es stehen so durch die Art der genehmigungsbedürftigen Handlungen verschiedene Arten von vormundschaftsgerichtlichen Genehmigungen nebeneinander: Genehmigungen, die Persönlichkeit, den status, des Mündels betreffend und Genehmigungen zum Schutze des Mündelsvermögens. Würden diese Genehmigungen in ihrem Charakter gleichartig sein, so könnte man für sie einheitliche Grundsätze aufstellen und die folgenden Erörterungen über das Wesen der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigungen gleichermaßen auf beide Arten der Genehmigungen ausdehnen. Und diese Gleichartigkeit erscheint mir vorhanden. Ohne Zweifel kann der Unterschied, der hinsichtlich der zu genehmigenden Akte besteht, für die Natur der Genehmigung keine Bedeutung haben. In allen Fällen wird durch die Genehmigung die Rechtshandlung oder das Rechtsgeschäft in der Außenwelt erst wirksam. Es kann auch das keinen Unterschied für den Charakter der Genehmigung bedeuten, daß sie einmal zu einer Handlung des Mündels direkt, das andere Mal zu der Handlung des Vormundes hinzutritt.[1]) Wenn auch in den Fällen, in denen der geschäftsbeschränkte Mündel selbst handelt und der Vormund zu dieser Handlung seine Zustimmung erteilen muß, das Vormundschaftsgericht seine Genehmigung zu der Handlung des Mündels erteilt, und in den Fällen, wo der Vormund selbständig handelt, die Genehmigung nur an diesen adressiert, so besteht doch ein praktischer Unterschied nicht, die Wirkung der Genehmigung ist in beiden Fällen die gleiche. Das vorgenommene Rechtsgeschäft wird rechtswirksam. Wenn aber insofern die Wirkung der Genehmigungen die gleiche ist, kann es nichts ausmachen, was genehmigt wird, die Handlung des Mündels oder die Handlung des Vormundes: der Charakter der Genehmigung wird durch die verschiedene Richtung, welche die Genehmigung nimmt, nicht berührt. Von Amelunxen meint allerdings, daß die Zustimmungserklärung des Vormundes — nicht etwa das Rechtsgeschäft oder die Rechtshandlung — Gegenstand der vormundschaftsgerichtlichen Entscheidung bildet.[2]) Würde man dagegen dieser von v. Amelunxen aufgestellten Ansicht folgen, so müßte man für den Fall, daß der Mündel selbst handelt, nur eine vorhergehende Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes gestatten; denn die Zustimmungserklärung des Vormundes ist einseitiges Rechtsgeschäft, sie wäre daher unwirksam, wenn sie ohne die erforderliche Genehmigung des Gerichtes abgegeben wäre (§ 1831). Der Vormund könnte praktisch also

---

[1]) Breit, a.a.O. S. 398. Aehnlich auch Lehmann, S. 290.

[2]) von Amelunxen D.Not.V. S. 39; ebenso Meyer, Gruchots Beitr. Bd. 52 S. 4; anscheinend auch Planck, Vorbemerk. 4 zu § 1821; dagegen außer Breit S. 398 Predari, Gruchot's Beitr. Bd. 52, S. 18; R.G.R.K. Bem. 2 zu § 1832.

nur nach eingeholter Genehmigung des Gerichtes seine Zustimmung erteilen. Dies würde aber dem Sinn des Gesetzes widersprechen.

Die aufgestellten Grundsätze sind daher in gleicher Weise auf alle Genehmigungen des Vormundschaftsgerichtes auszudehnen, die es als obervormundschaftliches Organ des Staates erteilt. Dagegen sind sie nicht auf die oben genante „Bestätigung" und auch nicht auf die Ersatzgenehmigungen anzuwenden. Denn in diesen Fällen hat die Genehmigung andere Wirkungen und andere Bedeutungen. In diesen beiden Fällen ist die Mitwirkung des Vormundschaftsgerichtes außerdem die einzige Beteiligung eines dritten Organes an dem Rechtsgeschäft, wohingegen bei der eigentlichen Genehmigung diese zu der Genehmigung des gesetzlichen Vertreters hinzutritt, also nur mit dieser zusammen rechtliche Bedeutung hat.

§ 4.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat davon Abstand genommen, grundsätzliche Vorschriften über die Frage aufzustellen, zu welchen Rechtsgeschäften die Genehmigung erforderlich ist. Es hat sich darauf beschränkt, besonders wichtige und dem Ermessen des Vormundes nicht allein zu überlassende Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen aufzuzählen. Auch insoweit wir es mit der Natur und Behandlung der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes zu tun haben, sind grundsätzliche gesetzliche Vorschriften selten. Im Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit finden wir nur wenige,[1]) im BGB. nur die §§ 1828 bis 1831. Man ist deshalb darauf angewiesen, aus der rechtlichen Natur der Genehmigung Schlüsse zu ziehen, Vergleiche mit ähnlichen Rechtsgebilden zu machen und direkte oder analoge Anwendung von Vorschriften ähnlicher Institute Platz greifen zu lassen. Bevor wir auf die eigentliche Untersuchung der Rechtsnatur der Genehmigung kommen, ist zuerst die Genehmigung in ihrer Wirksamkeit nach außen hin zu prüfen. Da die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes zu der Handlung des Vormundes hinzutritt, die von dem Vormund vorgenommene oder genehmigte Handlung immer erst rechtlich wirksam wird, wenn das Vormundschaftsgericht seinerseits genehmigt hat, so bedeutet die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung immer eine Einschränkung der Vertretungsmacht des Vormundes. Der Grundsatz, daß der Vormund als gesetzlicher Vertreter des Mündels die Vertretung des Mündels ausüben kann, ist durch die Forderung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung durchbrochen.

Die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung hat insofern denselben Charakter wie die Einwilligung oder Genehmigung des gesetzlichen Vertreters, insbesondere des Vormundes, zu einem vom Mündel selbst vor-

[1]) §§ 35—64 R.F.G.G.

genommenen Rechtsgeschäft. Schließt der Vormund ein Rechtsgeschäft ohne die erforderliche Genehmigung ab, so entsteht eine ähnliche Rechtslage, wie wenn der Minderjährige ohne Genehmigung seines gesetzlichen Vertreters ein Rechtsgeschäft tätigt. Daß der Gesezgeber diese Aehnlichkeit bewußt geschaffen hat, zeigt die entsprechende Gestaltung der Vorschriften der §§ 108 ff. und der §§ 1829 bis 1831. Daß er aber wiederum diesen Gegensatz geschaffen und nicht einfach für die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung auf die Genehmigungen des gesetzlichen Vertreters verwiesen hat, zeigt, daß er einheitliche Behandlung nicht haben will, und man darf daher zur Ergänzung der Vorschriften über die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung in dieser Hinsicht nur mit Vorsicht Analogien verwerten.

§ 5.

Was die rechtliche Natur der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung anbetrifft, so ist zu unterscheiden, welchen Charakter sie hat und als was sie in Erscheinung tritt, welchen Inhalt sie hat und wie sie dementsprechend zu behandeln ist. Die ersteren Fragen sind von der neueren Literatur kaum noch bestritten und fast nur in einem Sinne beantwortet.[1])

Das Vormundschaftsgericht handelt, wenn es die Genehmigung zu einem Rechtsgeschäfte des Vormundes erteilt, nicht als der gesetzliche Vertreter des Mündels, sondern es trifft als ausführendes Organ des Staates kraft dessen obervormundschaftlicher Gewalt eine Anordnung. Nun wäre es nicht unmöglich, daß das Vormundschaftsgericht sich in dieser seiner Tätigkeit genau wie eine Privatperson gerierte. Daß dieses der Staat durch seine Organe tun kann, ist allgemein anerkannt. Er stellt sich in diesem Fall auf eine Stufe mit dem Untertan und unterwirft sich seinen eigenen Rechtsnormen. Bei Erteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung stellt sich aber der Staat bewußt über das Individuum und tritt in seiner obrigkeitlichen Form in Erscheinung.[2]) Erst durch seinen Machtspruch gibt er dem von den Privaten, Vormund und Dritten abgeschlossenen Rechtsgeschäft Wirksamkeit. Die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung ist deshalb eine mit obrigkeitlicher Autorität vorgenommene Handlung des Vormundschaftsgerichtes, sie ist ein Verwaltungsakt, eine Staatswillenserklärung, aber nicht ein Rechtsgeschäft privatrechtlicher Art.[3])

Daraus folgt, daß die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung nicht wie eine private Willenserklärung zu behandeln ist, und den Normen des Privatrechtes unterliegt, vielmehr wie jeder andere Staatsakt öffentlichrechtlichen Normen untersteht. In ihrem Wesen hat sie zwar viel Aehn-

---

[1]) Vgl. Staudinger zu § 1828 und die dort angeführte Literatur.
[2]) Vgl. hierzu Raußnitz, Z.f.Z.P. 25 S. 188.
[3]) So die herrschende Lehre vgl. Staudinger zu § 1828.

lichkeit mit einem privaten Rechtsgeschäft und wird aus diesem Grunde von der herrschenden Lehre auch als „öffentliches Rechtsgeschäft" bezeichnet. Es wird vielfach geleugnet, daß es überhaupt „publizistische Rechtsgeschäfte" gibt, teils aus sachlichen,[1]) teils aus logischen[2]) Gesichtspunkten, zum Teil wird auch nur von einer Verwendung des Begriffes der Rechtsgeschäfte des öffentlichen Rechtes aus rein terminologischen Zweckmäßigkeitsgründen abgeraten, da der Irrtum erweckt werden könnte, „daß die öffentlichen Geschäfte der Theorie der Privatrechtsgeschäfte als ganzes zu unterstellen seien".[3]) Ferner gegen den Begriff noch u. a. Meyer,[4]) Gierke,[5]) Koeppen.[6]) Es ist dagegen nicht zu leugnen, daß auch im öffentlichen Recht viele Rechtshandlungen denselben Charakter haben, wie solche des Privatrechtes, sollen doch auch im öffentlichen Recht durch Rechtshandlungen Rechtswirkungen erzielt werden, wie sie im Privatrechtsverkehr üblich sind. Der Unterschied zwischen beiden besteht nur darin, daß im Privatrecht „der Erklärende die Willenserklärung als Träger privater Rechte und Pflichten", bei einem publizistischen Rechtsgeschäft dagegen „als Träger öffentlicher Rechte und Pflichten" abgibt.[7]) Das wesentliche Unterscheidungsmoment ist also nur die Ungleichheit des Subjektes und die damit verbundene Verschiedenartigkeit der Interessen, dagegen nicht eine möglicherweise in Erscheinung tretende Verschiedenartigkeit der gewollten Rechtswirkungen.[8]) Einen Anhaltspunkt kann in Zweifelsfällen allerdings der Satz bilden, „daß ein öffentlich rechtliches Rechtsgeschäft immer dann vorliegt, wenn es auf den Eintritt öffentlich-rechtlicher Wirkungen gerichtet ist".[9])

Erkennt man die innere Gleichartigkeit der Rechtsgeschäfte beider Rechte an, — und sie wird von den meisten Publizisten und Civilisten anerkannt — so muß man auch zugeben, daß zwischen der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes und der Genehmigung des Privatrechtes ein Unterschied bezüglich ihrer Rechtswirkung nicht besteht. Bei beiden ist die beabsichtigte Rechtswirkung die gleiche, nämlich die Ratifizierung eines von einem anderen getätigten Rechtsgeschäftes. Es würde zu weit führen, auf alle rechtlichen Feinheiten und Abgrenzungen des Rechtsgeschäftsbegriffes einzugehen. Auch braucht darauf nicht eingegangen zu werden, ob Rechtsgeschäft und Willenserklärung sich decken; die Genehmigung als solche wird allgemein sowohl im

---

[1]) Bülow S. 156 ff.
[2]) Michel, Bes. S. 23.
[3]) Manigk, A. S. 19, Anm. 2. Siehe dagegen jetzt desselben Autors Artikel „Unwirksamkeit".
[4]) Annalen, 1878 S. 383.
[5]) I, 283 (2).
[6]) S. 144, Anm. 7.
[7]) Kormann, System. S. 18.
[8]) Fleiner, S. 149/50.
[9]) Kormann, a. a. O. S. 33.

Privatrecht[1]) als Rechtsgeschäft angesehen, als auch im öffentlichen Recht von den Schriftstellern, die den Begriff des publizistischen Rechtsgeschäftes verwerten.[2]) Wenn die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung auch insofern Aehnlichkeit mit dem Privatrechtsgeschäft hat, so ist und bleibt sie doch ein obrigkeitlicher Akt, denn sie geht von einer Verwaltungsbehörde, dem Vormundschaftsgericht aus, und die durch sie betroffenen Interessen sind unmittelbar staatliche.

§ 6.

Die Frage der Angriffsmöglichkeit fehlerhaft erteilter Genehmigungen des Vormundschaftsgerichtes hängt eng zusammen mit dem Problem der Rechtsnatur der Genehmigung. Nach dem Vorhergehenden scheint sie dahin zu beantworten zu sein, daß gegen eine fehlerhafte Genehmigung, die als Verwaltungsakt anzusehen ist, wie gegen jeden anderen Verwaltungsakt vorzugehen ist. Wie jedoch aus den folgenden Erörterungen zu ersehen ist, ist die Beantwortung keineswegs so einheitlich, ein großer Teil von Wissenschaft und Praxis[3]) neigt dazu, privatrechtliche Anfechtung Platz greifen zu lassen. Mit Rücksicht auf diese beiden Ansichten ist es zweckmäßig, zuerst die Behandlung fehlerhafter Staatsakte in ihrem Verhältnis zu fehlerhaften privaten Rechtsgeschäften einer Betrachtung zu unterziehen.

Hinsichtlich der Fehlerquellen besteht ein wesentlicher Unterschied zwischen mangelhaften öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Geschäften nicht, sind doch beide Arten im Grunde genommen Willensbetätigungen menschlicher Wesen, die gleichermaßen fremden Beeinflussungen und menschlichen Irrungen und Fehlern unterliegen können. Für die Verwaltungsakte besteht nur eine besondere Gewähr für ihre Beständigkeit darin, daß bei ihrem Erlaß besondere gesetzliche Voraussetzungen zu berücksichtigen sind und, daß die Personen, bei denen hier die Entscheidung liegt, „— bei aller menschlichen Schwäche — doch ausgewählt“[4]) und durch Beruf und Lebenserfahrung eine besondere Garantie für die durch sie erlassenen Akte zu bieten in der Lage sind. Trotzdem zeigt die Häufigkeit fehlerhafter Verwaltungsakte, daß solche Mittel niemals genügen können, um eine vollkommene staatliche Machtäußerung zu garantieren, und es muß hier, wie im Rechtsverkehr der Privatpersonen, die Möglichkeit nachträglicher Berichtigung und Beseitigung mangelhafter Akte bestehen. Diesen Schutz bietet im privaten wie im öffentlichen Rechtsleben in erster Linie die nachträgliche Anfechtung.[5])

---

[1]) Manigk, A. S. 93, freilich bestritten.
[2]) Kormann, S. 19, 20 und 89. a. a. O.
[3]) vgl. die S. 14—19 aufgeführte Literatur.
[4]) Andersen, S. 182.
[5]) Auch die „Nichtigkeit“ bietet einen solchen Schutz. Auf sie braucht hier nicht näher eingegangen zu werden. Vgl. hierzu Jellinek, Staatsakt S. 54 ff. und 125 ff; Kormann S. 232 ff.

Die Formen der Anfechtung sind in beiden Rechten dieselben,[1]) sowohl im öffentlichen als auch im privaten Recht kann die Anfechtung „Selbstanfechtung", d. h. Anfechtung eigener Erklärungen[2]) und „Parteianfechtung", d. h. Anfechtung fremder Erklärungen sein.[3])

Ein bedeutsamer Unterschied besteht aber hinsichtlich der Anfechtungsgründe. Befindet sich nämlich ein Verwaltungsorgan über irgend eine Tatsache im Irrtum, die Grundlage eines Verwaltungsaktes werden soll, oder wird es über eine solche Tatsache getäuscht, so erhält der Akt sehr oft dadurch einen ungesetzlichen oder unrichtigen Inhalt. Der Irrtum oder die Täuschung begründen also eine Gesetzwidrigkeit oder Unrichtigkeit und nur diese wird als Anfechtungsgrund geltend gemacht. Es liegt der Grund der Vernichtbarkeit in dem Akt selbst.[4]) Ganz anders beim anfechtbaren Privatrechtsgeschäft. Bei diesem wird nie ein Inhaltsmangel des Geschäftes den Anfechtungsgrund bilden; die Rechtsordnung kümmert sich in den seltensten Fällen um den Inhalt des Geschäftes.[5]) Wird nicht der Irrtum selber als Anfechtungsgrund geltend gemacht, dann bleibt das Geschäft auch mit einem ungesetzlichen Inhalt[6]) bestehen.

Der Irrtum selber bildet im Privatrecht einen gesetzlichen Anfechtungsgrund. Im öffentlichen Recht fehlt es an einem entsprechenden Grundsatz.[7]) Sofern also ein wegen Irrtums fehlerhafter Verwaltungsakt beseitigt werden soll, kann dies regelmäßig nur geschehen wegen in ihm selber liegender Mängel, insbesondere solchen der Gesetzmäßigkeit.[8])

Auch bei einer durch Täuschung fehlerhaften staatlichen Machtäußerung besteht gegenüber einem ebensolchen Privatrechtsgeschäft ein Unterschied hinsichtlich der Anfechtungsgründe. Kann ein solcher Akt nicht schon wegen Gesetzwidrigkeit beseitigt werden, so ist, wenn die Täuschung selber als Anfechtungsgrund geltend gemacht wird, wesentlich, welches Maß von Schuld den die Täuschung verursachenden Privatbeteiligten trifft. Im Privatrecht hat der Gesetzgeber nur die arglistige Täuschung berücksichtigt, im öffentlichen Recht bietet dagegen unter Umständen auch vorsätzliche und fahrlässige Täuschung einen Beseitigungsgrund.[9]) Auch wird es zumeist darauf ankommen, ob die Verwaltungsbehörde auf die Angaben des beteiligten Untertans angewiesen ist oder nicht.[10])

---

[1]) Kormann, S. 209.
[2]) Im öffentlichen Recht z. B. Widerruf von Amtswegen.
[3]) Für das Bürgerlich Recht vgl. z. B. § 2080 B.G.B. und § 271 H.G.B.
[4]) Andersen, S. 176, 183.
[5]) Nur bei Wucher und Ausbeutung einer Notlage hat das Gesetz Interesse an dem Geschäftsinhalt und hat hierfür Nichtigkeit angeordnet. § 138 B.G.B. vgl. Ansersen a. a. O.
[6]) Z. B. einem wider Treu und Glauben verstoßenden Inhalt.
[7]) Eine einheitliche Kodifikation besteht bekanntlich für das öffentliche Recht nicht.
[8]) Kormann, S. 381; Andersen, S. 188, 190; Jellinek, Staatsakt S. 159.
[9]) Neuhäuser, S. 39, 40; Andersen, S. 199.
[10]) Kormann, S. 372; Andersen, S. 204; Neuhäuser, S. 41 ff.

Allgemein ist also zu sagen, daß der Irrtum im öffentlichen Recht eine geringere Rolle spielt als im Privatrecht, daß dagegen die Möglichkeit der durch Täuschung fehlerhaften Akte im öffentlichen Recht eine größere und der Rahmen der Täuschungshandlungen als Anfechtungsgründe ein weiterer ist als im Privatrechtsverkehr.

Auf Grund der Aehnlichkeit der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung als öffentlich-rechtliche Genehmigung mit der privatrechtlichen Genehmigung wird von vielen Schriftstellern[1]) der Schluß gezogen, daß das Gesetz der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes die Bedeutung eines privatrechtlichen Aktes beilege. Die Folge davon sei, — so wird von vielen behauptet[1]) — daß die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung genau so behandelt werden müsse, wie eine private Willenserklärung, allerdings mit Berücksichtigung ihrer besonderen Eigenart als Staatshoheitsakt. Vor allem sei für sie die Anwendbarkeit der Vorschriften über Willenserklärungen geboten.

Die Gründe, die für diese Ansicht herangezogen werden, sind zahlreich und entbehren nicht einer gewissen Berechtigung: Es wird in erster Linie angeführt, daß sich eine unverkennbare Gleichartigkeit der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung und der Genehmigung des Vormundes zu einem vom Mündel selbst vorgenommenen Rechtsgeschäft, besonders hinsichtlich der Wirkungen, feststellen lasse. Auch in dem letztgenannten Fall trete die Genehmigung des Vormundes zu dem vom Mündel selbst vorgenommenen Rechtsgeschäft, genau wie die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes zu dem Rechtsgeschäft des Vormundes, hinzu; der Vormund handele in diesem Fall ebensowenig als Vertreter des Mündels wie es das Vormundschaftsgericht bei Erteilung seiner Genehmigung tue. Das Gesetz habe aber ganz offensichtlich der Genehmigung des Vormundes die Bedeutung eines rechtsgeschäftlichen Aktes beigelegt, denn es mache „die volle Rechtswirksamkeit des vom Mündel vorgenommenen Rechtsgeschäftes von der Genehmigung des Vormundes abhängig".[2]) Daß diese Genehmigung des Vormundes eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung ist und damit den Vorschriften über Anfechtung bei Willensfehlern unterliegt, ist unstreitig und allgemein anerkannt.[3]). Da auch die Preußische Vormundschaftsordnung in ihrem § 46 bestimmte,[4]) daß ein vom Mündel ohne die erforderliche Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes oder des Gegenvormundes abgeschlossenes Rechtsgeschäft nur dieselbe Wirkung habe, wie ein von einem Mündel, welcher sich mit Genehmigung des Vormundes verpflichten könne, ohne Genehmigung des Vormundes abgeschlossenes Rechtsgeschäft, so sei der Schluß nicht von der Hand zu weisen, daß das Gesetz allgemein der mangelnden Genehmigung des Vormund-

---

[1]) Vgl. die S. 14—19 genannten Autoren.
[2]) Reichsgericht Bd. 25 S. 282.
[3]) Vgl. Staudinger, Bem. 2 zu § 108; Bem. 1 zu § 184 und Bem. 1 und 3 zu § 182.
[4]) Vgl. auch Gesetz v. 12. Juli 1875 §§ 3 und 4.

schaftsgerichtes dieselbe Bedeutung beilege, wie der fehlenden Genehmigung des Vormundes.[1]) Was für das alte Recht Geltung habe, müsse auch für das neue Recht verwendbar sein, denn die Natur der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung sei dieselbe geblieben. Wenn aber das Gesetz bei fehlender Genehmigung eine gleichartige Wirkung in beiden Fällen eintreten läßt, so dürfe man daraus schließen, daß auch umgekehrt die erteilte Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes dieselbe Rechtswirkung erzeuge, wie die erteilte Genehmigung des Vormundes zu einem vom Mündel selbst vorgenommenen Rechtsgeschäft. Die Gleichartigkeit der Rechtswirkung erlaube daher einen berechtigten Rückschluß auf die Gleichartigkeit der Rechtsnatur der beiden Genehmigungen; und wenn die Genehmigung des Vormundes als eine privatrechtliche Willenserklärung anzusehen und daher wegen Willensmängel gemäß §§ 119, 123 BGB. anfechtbar sei, so müsse die Vormundschaftsgerichtliche Genehmigung hinsichtlich ihrer Anfechtbarkeit ebenfalls als privatrechtliche Willenserklärung behandelt werden.[2])

Weiter bestehe aber zwischen der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung und der Zustimmung des Vormundes zu einem vom Mündel vorgenommenen Geschäft eine Gleichartigkeit nicht nur hinsichtlich der Wirkungen, sondern auch hinsichtlich des Rechtsgebietes. Die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes stelle sich nämlich faktisch als eine Mitwirkung des Gerichtes an der verwaltenden Tätigkeit des Vormundes dar. Dadurch, daß das Vormundschaftsgericht dem Vormunde seine Genehmigung zu gewissen Rechtshandlungen erteile, beschränke es, wie schon hervorgehoben ist, die Vertretungsmacht des Vormundes. Die Genehmigung dürfe das Gericht natürlich nicht willkürlich erteilen oder versagen, der Richter dürfe auch nicht nur den Standpunkt der vormundschaftlichen Behörde in seiner Eigenschaft als Aufsichtsorgan über den Vormund vertreten und sich fragen, ob das beabsichtigte Rechtsgeschäft eine Pflichtwidrigkeit begründen würde oder nicht. Er müsse vielmehr materiell prüfen, ob er, wenn er an Stelle des Mündels zu handeln oder selbst den Mündel zu vertreten hätte, das Geschäft eingehen würde. Er müßte sich also genau wie ein Vormund die Frage vorlegen, würde das beabsichtigte Rechtsgeschäft im Interesse des Mündels liegen oder nicht. Die Tätigkeit des Vormundschaftsgerichtes stelle sich daher praktisch bei Erteilung der Genehmigung als dieselbe Tätigkeit dar, die auch der Vormund ausübt, und man dürfe insofern mit Recht behaupten, daß auch das Rechtsgebiet, auf dem sich die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes und die Genehmigung des Vormundes bewegen, durchaus gleichartig sei.[3])

Insoweit könnte der Argumentation der Vertreter jener Ansicht vielleicht zugestimmt werden. Es wird aber von ihnen weiter behauptet,

---

[1]) Reichsgericht Bd. 25 S. 282, Bd. 50 S. 281 ff.
[2]) Schultheiß, (Vormundschaftsrichter), S. 98 § 30 Ziff. h.
[3]) R.G.R.K. § 1821 Anm. 1; Fuchs, Recht 12, S. 111.

daß, wenn sich die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes als eine Mitwirkung auf rechtgeschäftlichem Gebiet darstellt, sie auch die Bedeutung eines dem Gebiete des Privatrechtes angehörigen Rechtsgeschäftes haben müsse, „woran der Umstand nicht irre machen dürfe, daß nach außen die verwaltende Tätigkeit allein dem Vormund gebühre".[1]) Daß diese Ansicht auch dem Gesetzgeber zu Grunde gelegen habe, beweise die Auffassung der Motive.[2]) „Da die zu einem Rechtsgeschäfte erforderliche Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes insofern, als sie die Vertretungsmacht des Vormundes zu beschränken bezweckt, denselben Charakter hat, wie die zu einem Rechtsgeschäft des Mündels erforderliche Einwilligung oder Genehmigung des Vormundes, so muß die Analogie dahin führen, der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes im Prinzipe und im allgemeinen dieselbe rechtliche Bedeutung beizulegen, welche nach den Vorschriften des § 65 Abs. 3 bis 6 (BGB. §§ 108, 109, 111) der Einwilligung bezw. der Genehmigung des Vormundes zu einem Rechtsgeschäft des Mündels zukommt". In Verallgemeinerung dieser Ausführungen dürfe man dann sagen, daß auch die anderen Vorschriften über Rechtsgeschäfte, insbesondere die über Anfechtung, entsprechend anzuwenden seien.[3]) Inwiefern diese Ausführungen der Motive keine Stütze für die oben dargelegte Behauptung geben, wird weiter unten darzulegen sein. Es läßt sich nicht leugnen und wird im Gesetze selbst durch den § 1846 bestätigt, daß das Vormundschaftsgericht als staatliches Organ auch eine privatrechtliche Willenserklärung abgeben kann. Im Beschluß der vereinigten Zivilsenate vom 13. Mai 1909[4]) hat das Reichsgericht zu der Frage, welchen Charakter die Tätigkeit des Vormundschaftsgerichtes im Falle des § 1846 hat, Stellung genommen. Der § 1846 BGB. gibt, wie an anderer Stelle schon dargelegt ist, für den Fall eine Regelung, in welchem ein Vormund für den Mündel noch nicht bestellt oder der bestellte an der Erfüllung seiner Pflichten, sei es aus tatsächlichen (Krankheit, Abwesenheit), sei es aus rechtlichen (vgl. § 1795 BGB.) Gründen, im ganzen oder in einzelnen Beziehungen verhindert ist. Liegen diese Voraussetzungen vor, so hat das Vormundschaftsgericht die im Interesse des Mündels erforderlichen Maßregeln zu treffen. Dieselben können darin bestehen, daß das Vormundschaftsgericht eine andere Person (einen Pfleger) mit der Wahrnehmung der sonst dem Vormund obliegenden Geschäfte betraut; das Vormundschaftsgericht kann aber auch in die Lage kommen, in besonders eiligen oder wichtigen Fällen unmittelbar für den Mündel selbst tätig zu werden, entweder in rein tatsächlicher Weise oder aber auch, indem es als gesetzlicher Vertreter des Mündels Rechtshandlungen oder Rechtsgeschäfte vornehmen muß. In dem genannten Beschluß der V.Z.S. hat das Reichsgericht gerade

[1]) R.G.R.K. in der 5. Auflage § 1821 Anm. 1; außerdem O.L.G. Darmstadt, O.L.G.E. 22 S. 129; Planck Anm. 2 zu §§ 1828/1832, Eccius § 42 Anm. 10 (zum alten Recht).
[2]) Zu § 1681 des Entw. I (§§ 1828/1831 BGB.), Motive IV S. 1153.
[3]) Planck, a. a. O.
[4]) Reichsgericht Bd. 71 S. 170.

für den Fall, daß das Vormundschaftsgericht rechtsgeschäftlich für den Mündel tätig wird, erklärt, daß das Rechtsgeschäft, obwohl das Vormundschaftsgericht eine staatsamtliche Obliegenheit erfüllt, doch dem Gebiete des Privatrechtes angehöre und deshalb in allen seinen Teilen den Vorschriften des Bürgerlichen Rechtes untersteht. Damit hat das Reichsgericht sich auch auf den Standpunkt gestellt, der schon oben angedeutet wurde, daß in gewissen Fällen der § 1846 der vormundschaftsgerichtlichen Erklärung die Bedeutung eines privat-rechtsgeschäftlichen Aktes beizulegen, und daß infolgedessen diese auch nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches, insbesondere jenen über Willensmängel und Anfechtung, zu behandeln ist. Fuchs[1]) glaubt nun, indem er damit eine Erläuterung des Reichsgerichtsrätekommentars[2]) zu interpretieren versucht, aus der Auffassung der V.Z.S. über die Natur der Tätigkeit des Vormundschaftsgerichtes im Fall des § 1846 auch einen Schluß auf die der Tätigkeit des Vormundschaftsgerichtes im Falle der §§ 1821, 1822 ziehen zu dürfen. Er meint nämlich[3]): „Der Umstand, daß die Tätigkeit des Vormundschaftsgerichtes auf privatrechtlichem Gebiete bei einem diesem Gebiete angehörigen Rechtsgeschäft in dem Falle des RG. Bd. 71 S. 170 in der Form der Vertretung stattfindet, während sie hier nur in der Form der genehmigenden Mitwirkung bei einem vom Vormund vorgenommenen Rechtsgeschäft sich bewegt, begründet keinen Unterschied. Denn dieser Beschluß des RG. Bd. 71, S. 170 stellt es nur auf das Rechtsgebiet ab, dem das Rechtsgeschäft angehört, bei welchem die Mitwirkung des Vormundschaftsgerichtes stattfindet. Und die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes hat ebenso wie die Vertretung des Mündels durch das Vormundschaftsgericht nur den Zweck, auf privatrechtlichem Gebiete zu wirken; das Wesen der Genehmigung besteht darin, daß sie die Beschränkung der privatrechtlichen Vertretungsmacht des Vormundes beseitigt.“ Da also die Tätigkeit des Vormundschaftsgerichtes sowohl im Falle des § 1846 wie in dem der §§ 1821, 1822 eine auf rein privatrechtlichem Gebiete sich bewegende sei, dürfte die Auffassung des Reichsgerichtes zu dem genannten Beschlusse auch maßgeblich sein für die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung im Falle der § 1821, 1822; und man könnte daraus weiterhin entnehmen, daß das Reichsgericht seinen Standpunkt, den es in der Entscheidung vom 7. 1. 1890 (Bd. 25, S. 181 ff.) für das preußische Recht vertreten hat, auch für das heutige bürgerliche Recht beibehalten habe, und daß auch der Kommentar der Reichsgerichtsräte dieselbe Auffassung teile. Darüber besteht allerdings kein Zweifel, daß sich die rechtliche Natur der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung auch im heutigen Recht nicht geändert hat, und daß das, was zu der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung des Preußischen Rechtes ausgeführt ist, auch jetzt noch direkte Verwertung finden kann.[4])

[1]) Fuchs, Recht 12. S. 113.
[2]) Anm. 1 zu § 1821.
[3]) a. a. O.
[4]) So Fuchs a. a. O. S. 114; Kipp Recht 12 S. 8; anscheinend a. A. Breit Z.Bl. S. 594.

Es besteht aber heute insofern ein Unterschied gegenüber der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung der Preußischen Vormundschaftsordnung, als nach dem § 1828 des BGB. die Genehmigung zu einem Rechtsgeschäfte vom Vormundschaftsgericht nur dem Vormunde gegenüber erteilt werden kann, und daß, wenn der Vormund das Rechtsgeschäft ohne die erforderliche Genehmigung vorgenommen hat, die nachträgliche Genehmigung bezw. deren Verweigerung dem anderen Teile gegenüber erst wirksam wird, wenn sie ihm durch den Vormund mitgeteilt wird (§ 1829).

Damit tritt dem Dritten und der Außenwelt gegenüber das Vormundschaftsgericht völlig in den Hintergrund und nur der Vormund tritt als Handelnder auf. Die Genehmigung erhält erst praktische Bedeutung, wenn sie vom Vormund dem Dritten, (Vertragsgegner), mitgeteilt wird. Vorher ist sie für den rechtsgeschäftlichen Verkehr noch ein nihil, sie hat lediglich die Bedeutung einer Instruktion für den Vormund. Solange sie noch ein solches Internum zwischen dem Vormundschaftsgericht und dem Vormunde ist, kann sie vom Vormundschaftsgericht jederzeit als Verfügung der freiwilligen Gerichtsbarkeit gemäß den §§ 15, 18 RFGG. bei irgendwelcher Aenderung der Rechtslage, auch bei einem Irrtum des Richters, wieder aufgehoben werden. Dadurch aber, daß der Vormund dem Dritten mitteilt, daß er von der erteilten Genehmigung Gebrauch macht, wird sie dem verwaltungstechnischen Einfluß des Vormundschaftsgerichtes entzogen. Diese Mitteilung des Vormundes wird nach der herrschenden Ansicht nicht als ein Bericht über eine Tatsache angesehen, sondern als ein — einseitiges, empfangsbedürftiges — Rechtsgeschäft im Sinne der §§ 130 ff. und unterliegt daher auch den allgemeinen Vorschriften über Nichtigkeit und Anfechtbarkeit.[1]) Wenn also der Vormund, die ihm vom Vormundschaftsgericht erteilte Genehmigung zu einem Rechtsgeschäft dem Dritten mitteilt, so wird die Genehmigung selber ein Bestandteil dieser Mitteilung, mithin also Bestandteil eines rechtsgeschäftlichen Aktes des Vormundes.

Aus dieser rechtlichen Behandlung der Genehmigung wird nun aber weiterhin der Schluß gezogen, daß der Gesetzgeber deutlich seinen Willen bekundet, der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung rechtsgeschäftliche Bedeutung beizulegen. Es sei auch darin ein weiteres Argument zu sehen, eine Anfechtbarkeit der vormundschaftlichen Genehmigung gemäß §§ 119 ff. BGB. Platz greifen zu lassen.[2]) Auch für den Fall, daß die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung schon vor Abschluß des zu genehmigenden Vertrages vorliegt, passe jene Argumentation.[3]) Hier erfolge zwar keine ausdrückliche Mitteilung des Vormundes von der erteilten Genehmigung, aber dadurch, daß der Vormund den Vertrag abschließt, gebe er seinen Willen, von der erteilten Genehmigung Gebrauch zu machen, kund; es habe daher diese Willenserklärung auch dieselbe Natur wie die des § 1829.

[1]) Staudinger, Bemerk. 3, b, zu § 1829. Näheres s. unten S. 49 ff.
[2]) Fuchs, a. a. O. S. 114/115, ders. F. R. Vorbem. I, 2 a zu § 1821; u. a.
[3]) Fuchs, Recht S. 115.

Ein ähnlicher Gesichtspunkt ist auch für Breit[1]) maßgeblich. Er geht davon aus, daß der Mündel selbst ein Rechtsgeschäft vornimmt und der Vormund nur seinerseits seine Zustimmung hierzu erteilt. In diesem Fall „bilden trotz ihrer begrifflichen Selbständigkeit doch Mündelerklärung und Konsens eine ideale Einheit: Nur in ihrer Vereinigung vermögen sie das Mündelvermögen zu erhalten". Ebenso aber wie die Zustimmung des Vormundes (oder des gesetzlichen Vertreters) bilde aber auch die Genehmigung des Vormundschaftsrichters mit dem Prinzipalgeschäft eine ideale Einheit, auch sie würde, ebenso wie eine Genehmigung des Gegenvormundes, Bestandteil des Mündelgeschäftes und müsse daher zusammen mit dem Hauptgeschäft den Vorschriften der §§ 116 ff. BGB. unterliegen. Daher müsse sie auch wegen Irrtums, Betruges und Zwangs anfechtbar sein. Freilich, so meint Breit weiter, sei dieser Satz nicht zweifellos, da ja der Vormundschaftsrichter im Gegensatz zum Vormund nicht gesetzlicher Vertreter des Mündels sei, aber „man müsse doch über diese formale Differenz" hinwegsehen. Im Interesse des Mündels liege dies jedenfalls, und der Charakter der vormundschaftlichen Genehmigung als gerichtliche Verfügung widerstreite dieser Beurteilung nicht. Aus gleichen und ähnlichen Gründen halten auch Dernburg,[2]) Lindemann-Soergel[3]) und Warneyer[4]) eine Anfechtung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung für zulässig.

Auch die etwa erforderliche Genehmigung des Gegenvormundes (§ 1812 BGB.) sei anfechtbar. Habe der Gegenvormund[5]) seine Genehmigung nachweislich irrtümlich abgegeben, so könne sie der Vormund anfechten. Genau dasselbe müsse aber auch gelten, wenn kein Gegenvormund da sei. Hier trete (§ 1812 Abs. 3 BGB.) anstelle der Genehmigung des Gegenvormundes die Genehmigung des Richters. Das Gesetz habe also offensichtlich, wie ja auch aus dem § 1832 hervorgehe, die Genehmigung des Gegenvormundes der Genehmigung des Vormundschaftsrichters gleichgestellt. (Für das Preuß. Recht können diese Ausführungen — ihre Richtigkeit unterstellt — keine Geltung haben, da die Anhörung des Gegenvormundes nicht wesentliches Erfordernis war.[6]) Wie aber, wenn der Vormund in einem Fall des § 1812 über einen Mündelanspruch verfügt, das Rechtsgeschäft sich zusammensetze aus der eigenen Erklärung des Vormundes und der des Gegenvormundes, so setze sich auch, wenn der Vormund über das Vermögen oder ein Grundstück des Mündels, also in einem Falle der §§ 1821, 1822 verfüge, das Rechtsgeschäft aus der Erklärung des Vormundes und aus der des Richters zusammen.[7]) Irrt der Richter also in irgend einem wesentlichen Punkt bei der Erteilung der Genehmigung, so könne,

[1]) Z.Bl. S. 595.
[2]) F.R. IV. S. 414. § 118. V.
[3]) Zu § 1821.
[4]) Zu § 1821 Bem. VII („Wesentlicher Bestandteil des rechtsgeschäftlichen Tatbestandes").
[5]) Josef, S.Bl. S. 319.
[6]) Wilutzky, Bem. 4 zu § 42.
[7]) Vgl. hierzu noch Josef, D.Not.V. 1905 S. 205.

da ja seine Genehmigung Bestandteil des Hauptgeschäftes geworden sei, dieses, — und zwar vom Vormund — angefochten werden. Der Anfechtungsgrund liege, wie man vielleicht einwenden könnte, nicht außerhalb des Rechtsgeschäftes, sondern in ihm selbst. Dafür aber, daß eine Willenserklärung nicht zugleich ausgehen könne von zwei Seiten, vom Vormund und vom Vormundschaftsrichter, ihre Urheber also mehrere Personen sein können, enthielte das Bürgerliche Gesetzbuch, insbesondere die §§ 119 ff. keine abweichende Vorschrift.[1])

Es sind somit im wesentlichen die Gründe angeführt, die zur Unterstützung der Behauptung herangezogen werden, die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung sei wie eine Privatwillenserklärung, besonders hinsichtlich ihrer Anfechtbarkeit, zu behandeln. Denselben Standpunkt vertreten, teils ohne nähere Begründung, teils mit einer der oben aufgeführten noch Meisner,[2]) Schröder-Mugdan,[3]) Werneburg,[4]) Wilutzky,[5]) Neumann[6]) und auch wohl das Reichsgericht.[7]) Bemerkenswert ist jedoch, daß weder vom Reichsgericht noch vom Kammergericht eine klare Entscheidung für das neue Recht vorhanden ist, in der die Möglichkeit der Anfechtung unbedingt bejaht wird. Meistens wird nur der allgemeine Satz vertreten, daß die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung den allgemeinen Vorschriften über Willenserklärungen unterliegt.[8])

Bevor darauf eingegangen wird, ob dieser Ansicht zu folgen ist, soll untersucht werden, wie praktisch eine Anfechtung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung — die Möglichkeit einer Anwendung der Anfechtungsvorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches unterstellt — vollzogen werden kann. Man wird dabei, soviel darf schon vorweg gesagt werden, auf mancherlei Schwierigkeiten stoßen. Es ist bezeichnend, daß entsprechend der verschiedenartigen Begründung für die Anwendbarkeit der Anfechtungsvorschriften, auch die verschiedensten Wege für die Anfechtung vorgeschlagen sind, denn es soll dabei doch immer die Grundnatur der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung als staatshoheitlicher Akt gewahrt bleiben.

§ 7.

Die Anfechtung greift grundsätzlich Platz nach den Vorschriften der §§ 119 bis 124, 142, 143, 144 BGB. Die Tatbestände für Anfechtungs-

---

[1]) Josef, S.Bl. 77 S. 322; ders. V.A. 24 S. 333 und 26 S. 92; außerdem in Z.Z.P. 42 S. 41 und in D.Not.V. 1905 S. 199 ff.

[2]) Bem. 3. zu 18.

[3]) S. 309.

[4]) F.Z.Bl. 10 S. 186.

[5]) Bem. 4 zu § 42.

[6]) Bem. 3 zu 18.

[7]) Außer in der Entsch. in Bd. 25 S. 71 J.M.Bl. 1890 S. 225; vgl. andere Entsch. bei Staudinger Bem. 9 b zu 1828; ferner noch Lehmann S. 296.

[8]) Vgl. u. a. K.G.: K.G.J. 23 S. A 175; auch der R.G.R.K. hat keine eindeutige Stellungnahme, vgl. Anm. 1 zu § 1821.

fälle sind in den §§ 119, 120, 123 geregelt. Maßgeblich ist bei der mangelhaften — anfechtbaren — Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes immer der fehlerhafte Wille des die Genehmigung erteilenden Richters. Der Vormundschaftsrichter muß sich irgendwie irren, arglistig getäuscht oder bedroht werden. Ein Fall des sich irrenden Vormundschaftsrichters ist in dem schon genannten Reichsgerichtsurteil vom 7. 1 1890 zur Entscheidung gekommen. Auch eine arglistige Täuschung oder eine Bedrohung des Vormundschaftsrichters kann praktisch werden. Man denke an die Möglichkeit, daß ein Dritter oder der Vertragsgegner einen Betrug oder einen Zwang ausübt. Dagegen wird man bei einer vom Vormund vorgenommenen Täuschung oder Bedrohung eine Anfechtung, auch wenn man sie grundsätzlich für zulässig erachtet, nicht für statthaft erklären dürfen.[1])

Meistens wird, besonders was den Fall anbetrifft, daß der Richter sich irrt oder arglistig getäuscht wird, auch der Vormund, wenn er von der Genehmigung Gebrauch macht, sich in demselben Irrtum befinden oder derselben Täuschung unterliegen. Es kann dann der Vormund seine eigene Erklärung anfechten, und damit wird auch die Genehmigung meistens wirkungslos. Es ist aber möglich, daß bei ungetreuem Verhalten des Vormundes dieser den Irrtum des Richters erkennt und trotzdem, sei es, daß die ihm so erteilte Genehmigung aus irgendwelchen Gründen vorteilhaft erscheint, von ihr Gebrauch macht. Es ist weiterhin möglich, daß der Vormund nicht mehr in der Lage ist, selbst anzufechten, da er gestorben ist, oder sich der Sachlage nicht mehr entsinnt. Außerdem lassen sich bei arglistiger Täuschung oder bei der Bedrohung des Richters Fälle denken, in denen nur die Genehmigung des Vormundschaftsrichters allein fehlerhaft ist. In solchen Fällen könnte tatsächlich die Frage der Anfechtung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung brennend werden. Liegt ein solcher, die Anfechtung begründender Tatbestand vor, — nehmen wir an, der Richter habe sich bei Erteilung der Genehmigung über eine wesentliche Tatsache geirrt, — und ist weiter die Genehmigung zur rechtlichen Wirksamkeit gelangt, indem der Vormund von ihr Gebrauch gemacht hat und so das zu genehmigende Rechtsgeschäft selber rechtlich wirksam geworden ist, so erhebt sich zuerst die Frage, was soll angefochten werden: Die erteilte Genehmigung als solche, das Rechtsgeschäft oder die Mitteilung, die der Vormund gemäß § 1829 dem Dritten von der erteilten Genehmigung gemacht hat. Von vielen Schriftstellern, die sich auf den Boden der Anfechtbarkeit vormundschaftsgerichtlicher Genehmigungen gestellt haben, wird diese Frage gar nicht beantwortet, oder doch nur generell dahin, daß eben die Genehmigung anfechtbar sei, ohne daß die praktische Ausführung dieser Anfechtung dargelegt wird.

Wer, wie Fuchs und andere allgemein eine Anfechtung mit der Begründung für möglich hält, daß die Genehmigung Bestandteil der

[1]) S. hierzu näher unten S. 31.

rechtsgeschäftlichen Erklärung des Vormundes, der Mitteilung, wird,[1]) muß zu dem Schluß kommen, daß nur diese Erklärung des Vormundes anfechtbar ist. Fuchs meint nämlich[2]) als folgerichtiges Ergebnis seiner Darlegungen, daß der Vormund, wenn er von der erteilten Genehmigung dem Vertragsgegner Mitteilung macht, rechtlich zweierlei erklärt, einmal, daß das Vormundschaftsgericht die Genehmigung ihm erteilt habe, und zweitens, daß er von dieser Genehmigung Gebrauch mache. Nach außen hin wurde zwar diese Zweiteilung nicht in Erscheinung treten. Da aber nach §§ 119, 123 nur die Erklärung angefochten wird, der Vormund aber die Genehmigung im Rechtsverkehr durch seine Mitteilung erklärt, müsse auch der Vormund seine Erklärung anfechten können, selbst wenn der Anfechtungsgrund nicht bei ihm sondern beim Richter liegt. Der Unterschied von dem Normalfall, bei dem der Erklärende seinen eigenen Willen auch erklärt, hier dagegen der Vormund einen von einem anderen, dem Vormundschaftsrichter, gefaßten Willen erklärt, bringe keinen Konflikt mit den Grundsätzen des Bürgerlichen Gesetzbuches. Die eigenartige Gestaltung beruhe nur auf der in den §§ 1828, 1829 geschaffenen Regelung.

Breit kommt auf Grund seiner Ausführungen zu einem ähnlichen Ergebnis.[3]) Er meint, das irrtümlich genehmigte Rechtsgeschäft müsse der Anfechtung unterliegen. Wenn der Mündel selber ein Rechtsgeschäft abschließt, der Vormund seine Zustimmung und das Vormundschaftsgericht seine Genehmigung hierzu erteilt, so würden Mündel-, Vormund- und vormundschaftsrichterliche Erklärung eine ideale Einheit und Bestandteil des Hauptgeschäftes. Ebenso, wie es Fälle geben könne, in denen der Vormund seine Zustimmung selbst nicht mehr anzufechten im Stande sei, weil er nach Volljahrigkeit des Mundels keinen Einfluß mehr auf das Rechtsgeschäft habe, dafur aber der Mündel selbst das Rechtsgeschäft, von dem die Zustimmungserklärung des Vormundes Bestandteil geworden sei, könne auch der Mündel das Rechtsgeschäft anfechten, wenn dem genehmigenden Vormundschaftsrichter ein Irrtum unterlaufen sei, denn dieser habe ja ebenfalls nach Wirksamwerden der Genehmigung keinen Einfluß mehr auf das Rechtsgeschäft. Dieser Schluß ist wohl aus Breits Ausführungen zu entnehmen; zu der Frage der Anfechtbarkeit bei Irrtum des genehmigenden Richters gibt er eine nähere Erläuterung nicht.[4]) Dieselbe Konsequenz zieht auch Josef.[5]) Da die obrigkeitliche Verfügung des Richters in Verbindung mit der Erklärung des Vormundes erst eine für den Mundel verbindliche Erklärung abgebe, werde also nicht die genehmigende Verfügung, sondern der Vertrag wegen Irrtums angefochten.

---

[1]) Vgl. oben S. 17, 18.
[2]) Recht 12 S. 116.
[3]) S. 594 ff. a. a. O.
[4]) Vgl. S. 595.
[5]) S.Bl. S. 318.

Als dritte Möglichkeit wird angenommen, daß die Genehmigung selbst angefochten werden könne. Dies scheint das Reichsgericht zu tun,[1]) ebenso auch all die Schriftsteller, die Anfechtbarkeit zwar bejahen, aber für die Frage, was angefochten werden soll, keine Erklärung abgeben.[2]) Eine nähere Begründung für diesen Standpunkt ist nirgends zu finden. Es wird sich wohl auch schwerlich eine finden lassen, die nicht im Widerspruch mit dem Charakter der Genehmigung als Verwaltungsakt steht.

Die Frage, wer zur Anfechtung berechtigt sein soll, — immer vorausgesetzt, daß man eine solche für statthaft hält, — ergibt sich daraus, was angefochten wird. Zum Teil ist sie schon in den vorstehenden Ausführungen mit behandelt. So nimmt Fuchs an,[3]) der Vormund sei hierzu berechtigt. Breit nimmt an, daß der Mündel anfechtungsberechtigt sei.[4]) Und diejenigen, die glauben, die Genehmigung als solche anfechten zu können, müßten folgerichtig dem genehmigenden Richter das Anfechtungsrecht geben.

Verschiedenartig sind auch die Mittel, durch die angefochten werden soll. Als selbstverständlich erscheint es, daß die fehlerhafte Willenserklärung gemäß § 143 durch Erklärung gegenüber dem Anfechtungsgegner angefochten wird. Dies wird auch von den meisten Schriftstellern angenommen. Unverständlich ist es dagegen, warum gerade die Anfechtung im Prozeßwege erfolgen soll, wie Schröder-Mugdan[5]) und Josef[6]) es verlangen. Letzterer hält es sogar für möglich, daß der sich irrende Richter in dem Prozeß, den der Vormund führt, als Zeuge über die für ihn bestimmend gewesenen Willensmängel vernommen werden kann. Dies hieße ja wieder den gemeinrechtlichen Weg einschlagen, bei dem die Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes durch Klage herbeigeführt werden mußte.[7]) Eine Feststellungsklage ist dagegen hier, wie auch anderswo möglich und bedürfte keiner besonderen Erwähnung. Durch eine solche wird natürlich nicht erst die Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes erwirkt.

Wird die Anfechtung auf die im § 143 BGB. vorgeschriebene Art durch Erklärung gegenüber dem Anfechtungsgegner vollzogen, so bedarf diese Erklärung in der Regel keiner besonderen Form und kann mündlich oder schriftlich abgegeben werden. Anfechtungsgegner ist immer der

---

[1]) R.G. 25 S. 281; ebenso auch Schultheis S. 98 (Vormundschaftsrichter); R.G.R.K. zu 1821 Bem. 1 und Wilutzky zum Preuß. Recht zu § 42.

[2]) Insbesondere Dernburg (F.R.) § 118, V; Schultzenstein-Köhne § 1821 Anm. 2.

[3]) Recht 12 S. 116; ebenso Planck, Bem. 2 zu §§ 1821, 1822; Warneyer Bem. VII zu § 1821; auch Josef, S.Bl. S. 318; ebenso auch der R.G.R.K. Bem. 1 zu § 1821, der jedoch auch Anfechtung durch einen besonders zu bestellenden Pfleger für zulässig erachtet, falls der Vormund selbst beteiligt ist.

[4]) a. a. O.

[5]) S. 309.

[6]) a. a. O.

[7]) Diese Klage war in ihrer Art eine Gestaltungsklage.

Dritte, demgegenüber der Vormund oder der Mündel das Rechtsgeschäft vorgenommen hat. Allerdings müßte, wenn man die Genehmigung als solche durch den Vormundschaftsrichter anfechten lassen würde, gemäß § 143 Abs. 3 Satz 1, 1829, die Anfechtungserklärung an den Vormund adressiert werden; denn die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, die dem Vormund gegenüber abzugeben ist.

Zum Schluß mag noch das Moment erwähnt werden, das immer wieder von den verschiedensten Schriftstellern als ultima ratio für eine Anwendung privatrechtlicher Anfechtungsvorschriften angeführt wird. Es bestünde nämlich ein unbedingtes Bedürfnis dafür, die Anfechtungsvorschriften auch auf die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung Anwendung finden zu lassen, und man fülle zum Teil mit einer direkten, zum Teil mit einer entsprechenden Anwendung eine Lücke im Gesetz aus.[1])

§ 8.

Sind bis hierher die Gründe untersucht worden, die für eine Anwendbarkeit der Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über fehlerhafte Rechtsgeschäfte auf die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung, insbesondere die Bestimmungen über Anfechtung, sprechen, so soll im Folgenden dargetan werden, warum diese Gründe nicht durchgreifen können. Es soll mit anderen Worten versucht werden, den Beweis zu erbringen, daß die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes nicht als privatgeschäftliche Willenserklärung behandelt werden darf.

Der Ausgangspunkt für diese Untersuchungen ist die Tatsache, daß die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung ihrer Grundnatur nach ein obrigkeitlicher Akt ist. Es wird nun freilich von der Gegenseite[2]) behauptet, daß diese Tatsache nicht der Anwendung der Vorschriften über Willensmängel zu widersprechen braucht. Dieser Satz wird auch vom diesseitigen Standpunkt grundsätzlich nicht abgelehnt. Es ist aber nicht dargetan, warum gerade die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung diesen Vorschriften des Bürgerlichen Rechtes unterworfen sein soll. Es mag zugegeben werden, daß das Gesetz in manchen Fällen seinen Standpunkt nicht deutlich erkennen läßt, und daß hier die Interpretation ergänzend eingreifen muß. Ist dies auch bei der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung der Fall? Hierauf kann nur mit einem „nein" geantwortet werden. Der Gesetzgeber führt seine Auffassung von der obrigkeitlichen Natur der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung folgerichig durch. Er läßt deutlich erkennen, daß er die Genehmigung als Staatshoheitsakt behandelt wissen will. Wenn er die im vorigen Abschnitt aufgestellte

---

[1]) So Breit a. a. O. S. 401, 595; Fuchs a. a. O. S. 116; Josef a. a. O. S. 319.

[2]) R.G.R.K. § 1821 Anm. 1 und, wenn auch nicht ausdrücklich, so doch dem Grunde nach die S. 14—19 zitierten Schriftsteller, insbesondere Breit Z.Bl. S. 594 ff., Fuchs, Recht 12 S. 110 ff., Josef, S.Bl. S. 315.

Ansicht der Vertreter der gegenteiligen Auffassung geteilt hätte, hätte er die in den §§ 1821, 1822 und anderswo aufgezählten Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen durch ein ausführendes Organ selbst vornehmen lassen und den Vormund von ihrer Vornahme gänzlich ausschalten können. Daß er diese, hauptsächlich im Katalog der §§ 1821, 1822 aufgeführten Geschäfte, dem Vormund wegen ihrer Wichtigkeit und ihrer einschneidenden Bedeutung für den Mündel nicht allein überlassen wollte, ist deutlich dadurch zum Ausdruck gebracht, daß bei diesen Geschäften ein Genehmigungszwang für den Vormund besteht. Wenn der Gesetzgeber die Auffassung vertreten hätte, daß die Teilnahme des Vormundschaftsgerichtes an dem Rechtsgeschäft des Mündels die Bedeutung einer rechtsgeschäftlichen Mitwirkung zukomme, hätte er sich den Umweg über den Vormund ersparen können. Daß eine solche rechtsgeschäftliche Mitwirkung seitens des Vormundschaftsgerichtes an dem Rechtsgeschäft möglich ist, und daß auch der Vormundschaftsrichter selbst tätig werden kann, ist an verschiedenen Stellen des Gesetzes zum Ausdruck gekommen. In den Fällen der §§ 1821, 1822 usw. ist aber dieser Weg nicht gewählt. Der Vormund soll die rechtsgeschäftliche Mitwirkung vollziehen, dem Vormundschaftsgericht ist dagegen die Aufsicht über diese Tätigkeit des Vormundes vorbehalten. Nichts kann deutlicher den Willen des Gesetzgebers, daß das Vormundschaftsgericht sich von dem Privatrechtsverkehr in diesen Fällen fernhalten soll, zeigen. Wenn man trotz dieser Erkenntnis die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung selbst auch nur in Hinsicht ihrer Folgen als privatrechtliche Willenserklärung behandelt, so würde man dies nur im direkten Widerspruch zum Gesetz tun können.

Zu den im letzten Absatz aufgeführten Gründen für die Anfechtbarkeit ist nun im Einzelnen Folgendes zu sagen. Das Reichsgericht hat zur Stützung seiner Ansicht auf die Gleichheit der Rechtswirkungen und des Rechtsgebietes der Genehmigung des Vormundes zu einem Mündelgeschäft und der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes hingewiesen. Hiergegen hat Kipp[1]) treffend die Haltlosigkeit der Schlußfolgerung aus diesem Vergleich dargelegt. Er meint,[2]) „der Schluß von der Gleichheit der Wirkung zweier Ereignisse auf die innere Gleichheit der Gründe dieser Wirkung und die Gleichheit ihrer Widerstandskraft gegen andere Ereignisse" sei „niemals zwingend, am wenigsten im Rechte". Auch in den Fällen, in denen das Vormundschaftsgericht die Willenserklärung einer Privatperson ersetzt, hat diese Ersetzung die gleiche Wirkung, wie die Willenserklärung der Privatperson selbst. Obwohl also hier ebenfalls die Willenserklärung des Privaten dieselben Rechtsfolgen zeitigt, wie die Ersatzgenehmigung des Vormundschaftsgerichtes, so wird doch auch hier niemand den Schluß ziehen, daß die Verfügung, durch die das Gericht die Willenserklärung ersetzt, ein Privatrechtsgeschäft ist oder als solches behandelt werden muß. Das-

---

[1]) Recht 12, S. 9 und S. 557.
[2]) a. a. O. S. 9.

selbe folgt auch aus einem Vergleich mit der Bestätigung, die das Vormundschaftsgericht zu einer Annahme an Kindesstatt erteilt, und die der Genehmigung innerlich verwandt ist. Auch diese Bestätigung bewirkt erst die Rechtsgültigkeit des Annahmevertrages der Privaten. Sie unterliegt aber anerkanntermaßen auch nicht den Vorschriften über Anfechtung von Privatwillenserklärungen, sondern folgt den eigenen Grundsätzen über Unwirksamkeit und Anfechtung von Staatsakten. Man würde, — so meint Kipp weiter, — mit jener Argumentation sogar zu dem Ergebnis kommen können, daß ein Urteil, durch das jemand zur Abgabe einer Willenserklärung (gemäß § 894 ZPO.) verurteilt worden ist, auch wegen irgendwelcher Willensmängel des Richters nach bürgerlichrechtlichen Vorschriften angefochten werden könne; denn die durch das Urteil fingierte Willenserklärung habe ja dieselbe Wirkung wie die eigentliche Willenserklärung, die es ersetzt. „Diese Annahme ist aber unmöglich."[1])

Es wird aber dieser Schluß von der Gleichheit der Wirkungen auch vom Reichsgericht nicht als einziges Argument angeführt, sondern noch auf die Gleichheit des Rechtsgebietes hingewiesen, auf dem Genehmigung des Vormundes und Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes beruhen. Aber auch dieses Argument ist irrig und beweist nichts. Einmal besteht eine solche Gleichheit des Rechtsgebietes der beiden Genehmigungen nicht, andererseits berechtigt, wenn sie bestünde, dieser Gesichtspunkt nicht zu dem vom Reichsgericht und dem von Fuchs gezogenen Schluß. Schon äußerlich ist folgender Unterschied zu bemerken: Die Genehmigung des Vormundes ist ihrem Inhalte nach schon im ersten Titel des dritten Abschnitts des BGB. behandelt, während die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung erst im 4. Buch unter „Führung der Vormundschaft" eine Regelung findet. Besagt diese verschiedenartige Stellung im Gesetz auch nicht viel, so berechtigt sie doch zu der Folgerung, daß das Verhältnis des Vormundes zum Mündel ein anderes ist als das des Vormundschaftsgerichtes zum Mündel. Weiter ist aber insofern eine Aehnlichkeit auch nicht vorhanden, als der Vormund in den meisten Fällen, die in den §§ 1821 und 1822 aufgeführt sind, in Vertretung des Mündels handelt, und nur in wenigen Ausnahmefällen, in denen der geschäftsbeschränkte Mündel selber handelt, seine Genehmigung zu dem von diesem vorgenommenen Geschäft erteilen kann. Meistens wird er aber mit Rücksicht auf die schwerwiegende Bedeutung dieser Geschäfte diese selbst vornehmen und sie nicht dem Mündel überlassen. Das Vormundschaftsgericht handelt dagegen nicht als gesetzlicher Vertreter des Mündels. Die Beteiligung des Vormundes, wie auch die des gesetzlichen Vertreters überhaupt an dem Mündelgeschäft ist aus dem Gesichtspunkt angeordnet, daß der Mündel infolge seiner geistigen Unentwickeltheit und Unerfahrenheit die Folgen der Geschäfte des täglichen Lebens nicht überblicken kann. Die Genehmigung des Vormund-

---

[1]) Kipp, Recht 12 S. 12; dagegen wiederum Fuchs, das. S. 113/14.

schaftsgerichtes ist aber weder wegen mangelnder Fähigkeit des Mündels noch wegen einer solchen des Vormundes angeordnet. Der Mündel hat deswegen einen Vormund. Das Vormundschaftsgericht wird nicht tätig, weil es den Mündel für unfähig hält, das Geschäft vorzunehmen, sondern weil es den Vormund überwachen will. Dies aber wiederum auch nicht deswegen, weil der Vormund zu der Vornahme an sich unfähig ist, sondern weil eine Benachteiligung des Mündels verhütet werden soll. Die Erteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung ist also nur der Ausfluß obrigkeitlicher Aufsichtsgewalt. Um den Mündel unmittelbar kümmert sich das Vormundschaftsgericht bei der Erteilung der Genehmigung garnicht. Freilich hat das Vormundschaftsgericht nicht nur allein den üblichen Standpunkt der Aufsichtsbehörde einzunehmen, nämlich nur zu prüfen, ob die Vornahme des Rechtsgeschäftes eine Pflichtwidrigkeit darstellt oder nicht. Es hat sich unmittelbar in die ureigenste Interessenssphäre des Mündels zu versetzen und sich die Frage vorzulegen, ob dieses Geschäft für den Mündel günstig ist. Wenn aber auch das Vormundschaftsgericht ebenso wie der Vormund, also eine Privatperson, bei Erteilung der Genehmigung Stellung nehmen muß, so kann doch daraus nicht geschlossen werden, daß die erteilte Genehmigung nun unbedingt privatrechtsgeschäftlichen Charakter haben muß. „Auf dem Gebiete der Führung der Vormundschaft liegt, darüber kann doch nicht ernstlich gestritten werden, sehr vieles, was nicht rechtsgeschäftlich ist".[1])

Wenn praktisch sich auch diese Tätigkeit des Vormundschaftsgerichtes als eine Mitwirkung auf rechtsgeschäftlichem Gebiete darstellt, indem es an der Verwaltung des Vormundes teilnimmt, so wird dadurch doch die Grundnatur der Genehmigung als Staatshoheitsakt nicht betroffen. Nicht das Ermessen des Richters als Privatperson ist das Entscheidende, sondern das Ermessen in seiner Eigenschaft als Staatsorgan, als Richter. Ganz besonders ist dies aus folgendem zu erkennen:[2]) Die Genehmigung des Vormundes ist eine objektive wie die eines Drittberechtigten, §§ 107 ff. BGB. Ausdrücklich spricht das Gesetz immer von Genehmigung des Vertrages § 109 BGB. Der § 109 erklärt deutlich, daß die Wirksamkeit des Vertrages eines Mündels von der Genehmigung des gesetzlichen Vertreters abhängt. Die Genehmigung wirkt also kraft Gesetzes auf die Vertragskraft ein, ohne daß es einer nochmaligen Erklärung eines Geschäftsbeschränkten bedarf.

Mit der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes verhält es sich dagegen ganz anders. Sie ist nur eine subjektive, nur dem Vormund gegenüber erteilte; von ihr hängt erst die Rechtsgültigkeit des in Frage kommenden Rechtsgeschäftes ab. Eine unmittelbare Einwirkung auf dieses hat sie dagegen nicht.

Es wird von den Vertretern der (im vorigen Abschnitt behandelten)

---

[1]) Kipp, Recht 12 S. 557.
[2]) von Amelunxen, D.Not.V. S. 32/33.

gegenteiligen Ansicht zur Unterstützung ihrer Ausführungen und zum Beweise dafür, daß auch beim Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches schon derselbe Rechtsgedanke zu Grunde gelegen habe, auf die Motive zum § 1681 des ersten Entwurfes (jetzt §§ 1828/1831 BGB.) verwiesen. Es scheint zwar so, als ob diese Motive jene Auffassung vertreten. Es wird aber mit Recht von Amelunxen[1]) dagegen eingewendet, daß einmal diese Motive nicht zum Gesetz erhoben seien, daß ihnen andererseits auch kein einheitlicher Geist zu Grunde gelegen habe und daß man deswegen oft auf Widersprüche der Motive mit dem endgültigen Gesetzestext stößt. Man kann infolgedessen aus den Motiven keinen unbedingt zuverlässigen Schluß auf den Willen des Gesetzgebers ziehen. Im übrigen kann man aus dem Wortlaut der Motive durchaus nicht das ohne weiteres entnehmen, was von Fuchs[2]) und anderen aus ihm herausgelesen wird. Die Motive sagen nur, daß die Analogie dahin führen müsse, der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes „im Prinzipe und im Allgemeinen" dieselbe Bedeutung zuzumessen wie der Genehmigung des Vormundes. Durch diese vorsichtige Fassung beugen aber die Motive schon selber zuweitgehenden Folgerungen vor und stellen durchaus eine im Einzelnen und im Besonderen andere Auffassung in Möglichkeit.[3]) Und wenn von der Gegenseite auf die Motive Bezug genommen wird, so kann für die diesseitige Ansicht auch auf die Protokolle der zweiten Kommission verwiesen werden,[4]) aus denen man zum mindesten ebenso gut das Gegenteil herauslesen kann, wie aus den Motiven. Dort heißt es nämlich: Wenn das Vormundschaftsgericht in den gesetzlich vorgeschriebenen Fällen bei dem Abschluß eines Rechtsgeschäftes des Vormundes mitwirke, so gebe es keine rechtsgeschäftliche Erklärung ab, sondern nehme eine obrigkeitliche Handlung vor. Wird solcher Art die obrigkeitliche Natur der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung betont, so muß daraus auch weiterhin gefolgert werden, daß „ihre Wirksamkeit und Einwirkung auf das zu genehmigende Geschäft des Vormundes nicht den privatrechtlichen Grundsätzen der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit von Willensmängeln zu unterstellen" ist,[5]) sondern den Vorschriften über Anfechtbarkeit und Unwirksamkeit von öffentlich rechtlichen Akten, insbesondere solchen der freiwilligen Gerichtsbarkeit.[6])

Wenn Fuchs[7]) zum Beweise seiner Behauptung, die Gleichheit des Rechtsgebietes zu der Genehmigung des Vormundes zu einem Mündelgeschäft und der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes berechtigt

---

[1]) a. a. O. S. 28.
[2]) a. a. O. S. 113; vgl. auch oben S. 25/6.
[3]) Vgl. Kipp, Recht 12, S. 557.
[4]) Protokolle IV, S. 799.
[5]) Manigk, H.W. S. 305.
[6]) So im Ergebnis wohl auch Schlomka ZBl. 2, S. 871, Birkenbihl § 55, 2 a, und auch Schmid, allerdings zweifelnd S. 267; Wach S. 55 für das alte Recht.
[7]) a. a. O. S. 112.

auch zur gleichartigen Behandlung bei Irrtum usw., auf den Reichsgerichtsbeschluß der Vereinigten Zivilsenate vom 13. Mai 1909[1]) Bezug nimmt, und diesen als einen anderen Eckpfeiler seiner Ansicht hinstellt, so ist dem zu erwidern, daß aus diesem Beschluß auch für seinen Standpunkt Entsprechendes gar nichts zu entnehmen ist. Im § 1864, und um dessen Auslegung handelt es sich in dem Beschluß, hat das Vormundschaftsgericht eine ganz andere Tätigkeit zu erfüllen als in den §§ 1821, 1822. Die Tätigkeit gemäß § 1846 ist Vertretung des Mündels, also eine rein rechtsgeschäftliche, während die Genehmigung der §§ 1821 f. doch gerade keine Vertretung des Mündels darstellt, wie auch von Fuchs angenommen wird. Gerade was Fuchs als für ihn sprechend in dem Beschluß ansieht, spricht gegen ihn. Der Beschluß sagt zutreffend: „Allerdings handelt das Vormundschaftsgericht, wenn es rechtsgeschäftlich den Mündel vertritt, als Behörde und erfüllt damit eine staatsamtliche Obliegenheit"; allein das Rechtsgeschäft gehört dem Gebiete des Privatrechts an, und untersteht deshalb in allen seinen Teilen den Vorschriften des BGB.". In den §§ 1821, 1822 vertritt es aber nicht den Mündel, und seine Tätigkeit ist keine rein rechtsgeschäftliche, da es die Genehmigung nicht zu dem Rechtsgeschäft sondern dem Vormunde als Staatsorgan erteilt. Insofern ist einmal der Beschluß keine Stütze für die Fuchs'sche Ansicht und gibt auch andererseits der Vergleich mit dem § 1846 keinen Anhaltspunkt für eine Behandlung der Genehmigung nach Privatrechts-Grundsätzen.

Es wird nun freilich von Fuchs[2]) wie auch von Breit[3]) und Josef[4]) immer wieder erklärt,[5]) daß nicht die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung als solche wegen Irrtums, Täuschung und Bedrohung des Richters angefochten werden soll, sondern die durch den Vormund abgegebene Willenserklärung, durch die die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung erst ihre privatrechtliche Wirkung erhält. Die Genehmigung sei mit der Erklärung des Vormundes, er mache von der Genehmigung Gebrauch, verschmolzen. Daß die Genehmigung, wenn der Vormund von ihr Gebrauch macht, in dem Rechtsgeschäft oder in der Mitteilung des Vormundes enthalten ist, ist richtig. Daraus aber den Schluß zu ziehen, die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung müsse daher auch wie eine rechtsgeschäftliche Erklärung behandelt werden, ist zu weitgehend. Die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes ist, wie schon oben ausgeführt, Ausfluß der Aufsichtspflicht des Vormundschaftsgerichtes. Es wird de facto nicht das vom Vormund vorzunehmende oder zu genehmigende Geschäft des Mündels genehmigt, sondern das Vormundschaftsgericht gibt durch seine Genehmigung nur zum Ausdruck,

---

[1]) RG. 71 S. 170.
[2]) a. a. O. und FR. Vorbem. zu § 1821, I, 2.
[3]) ZBl. S. 593.
[4]) ZBl. S. 547.
[5]) Vgl. oben S. 17 f. und 21.

daß es die Handlungsweise des Vormundes billigt.[1]) Es liegt in jener Willenserklärung des Vormundes, sei es, daß sie nur Mitteilung, sei es daß sie Genehmigung des Mündelgeschäftes selber ist, nicht ein Rechtsgeschäft mit zweierlei Inhalt, sondern ein Rechtsgeschäft des Vormundes und eine obrigkeitliche Willenserklärung. Letztere bildet nur die Grundlage, auf der die Mitteilung bezw. die unmittelbare Genehmigung seitens des Vormundes beruht.[2]) Wenn die Genehmigung zwar von privatrechtlicher Bedeutung ist und auch das mit der Genehmigung des Vormundes rein äußerlich gemein hat, daß sie beide Erfordernis des zu genehmigenden Geschäftes des Mündels bilden, so bleibt doch der tieferliegende Unterschied zwischen der Privatwillenserklärung des Vormundes und der staatsamtlichen Anordnung des Gerichts bestehen.[3]) Kipp meint sogar,[4]) daß die Genehmigung ein Analogon zu der Bestellung des Vormundes und ebensowenig wie diese Privatwillenserklärung sei.[5])

Nach Josef soll auch aus der Genehmigung des Gegenvormundes ein Argument für die Anfechtbarkeit der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes genommen werden können, da jene ebenso wie diese in die Erklärung des Vormundes mit aufgenommen würde,[6]) und daher erstere, da sie sicher eine rechtgeschäftliche Erklärung darstelle, vom Vormund angefochten werden könne. In diesem Schluß von Josef liegt aber keine Beweisführung, sondern eine Vorwegnahme des Beweises;[7]) im übrigen ist es bestritten, ob auch die Genehmigung des Gegenvormundes anfechtbar ist oder nicht.

Mit Recht weist Kipp aber darauf hin,[8]) daß das BGB. gar nicht die Anfechtung einer idealen Einheit oder eines rechtsgeschäftlichen Tatbestandes kennt. Nur die Willenserklärung selber wird angefochten, sofern der Wille des Erklärenden fehlerhaft war. Wenn es auch im Gesetz nicht ausgesprochen ist, so kann das doch unterstellt werden, daß bei der Anfechtung einer Willenserklärung immer der Urheber des Willens und der Erklärende identisch sein müssen.

Hiergegen und auch gegen die praktische Anwendung der Anfechtungsvorschriften spricht aber noch ein weiterer Umstand mit, der meines Wissens weder in der Literatur, noch in der Rechtsprechung Beachtung gefunden hat. Auch er zeigt, daß eine solche subjektive Trennung von Urheberschaft und Erklärung des Willens im Gesetz keinen Rückhalt hat. Ist eine Willenserklärung auf Grund der §§ 119/120 angefochten, so hat

---

[1]) V. Amelunxen, D. Not-V. S. 39; Opet-Blume § 1828 Anm. 1.
[2]) Kipp, Recht 12, S. 558; Kipp-Wolff, S. 484 Anm. 64; v. Blume J.J. S. 427/429.
[3]) Unger, S. 192 Anm. 110.
[4]) Recht 12, S. 558. Kipp-Wolff a. a. O.
[5]) Vgl. Näheres Kipp-Wolff S. 477; Endemann, LB. II, 2 § 224, S. 831; KG.: KGJ. 53 S. 143; vgl. auch noch RG. im Recht 1920, Nr. 922.
[6]) SBl. S. 319; ders. D.Not.V. 1905 S. 205.
[7]) v. Amelunxen, a. a. O. S. 29.
[8]) Kipp, Recht 12 S. 11.

der Erklärende, wenn die Erklärung einem anderen abzugeben war, diesem andernfalls jedem Dritten den Schaden zu ersetzen, den der andere oder der Dritte dadurch erleidet, daß er auf die Gültigkeit der Erklärung vertraut (§ 122 BGB.). Das Gesetz hält also den Erklärenden für ersatzpflichtig. Nach der von Josef, Breit und Fuchs aufgestellten Ansicht erklärt der Vormund den Willen des Vormundschaftsgerichtes und macht ihn dadurch rechtswirksam. Wenn nun der Vormund seine Willenserklärung, in welcher die des Vormundschaftsgerichtes enthalten sein soll, wegen eines Irrtums des Vormundschaftsrichters angefochten hat, so müßte nach dem strengen Wortlaut des Gesetzes der Vormund, — auch wenn er selber den Irrtum des Vormundschaftsrichters nicht teilt — dem Vertragsgegner für das negative Interesse haften. Dieses Ergebnis steht aber wiederum im Gegensatz zu dem Sinn des Gesetzes. Das Gesetz hat sich für diesen Schadenersatzanspruch nicht auf das Verschuldensprinzip sondern auf das Veranlassungsprinzip bezogen. Wer den Schaden veranlaßt, ist dem Geschädigten ersatzpflichtig. Veranlasser des Schadens ist aber, wenn man sich zu jener Trennung zwischen Willensfassenden und Willenserklärenden bekennt, in diesem Fall doch immer nur der Irrende, niemals der Erklärende, der nur den Willen vermittelt. Es ist also nur der Vormundschaftsrichter derjenige, der den Schaden veranlaßt hat; infolgedessen müßte der sich durch den Vormundschaftsrichter irrende Staat, wenn man das Veranlassungsprinzip streng durchführen würde, ersatzpflichtig sein. Ein Ergebnis, das sich zum mindesten nicht mit dem Wortlaut, wenn nicht auch mit dem Sinn des Gesetzes vereinbaren läßt. Man kann daher mit Recht behaupten, daß die von den zitierten Schriftstellern aufgestellte Ansicht über jene Teilung zwischen Wille und Erklärung vom Gesetzgeber überhaupt nicht berücksichtigt worden ist, und daß mit der Aufstellung eines solchen Prinzipes die „wichtigsten Grundanschauungen, die bei der Anfechtung von Rechtsgeschäften gelten, preisgegeben werden".[1]) Eine Analogie dahin, bei einem Irrtum des Richters dem Vormund oder gar dem Mündel die Ersatzpflicht aufzuerlegen, würde daher ebenso wenig der ratio legis entsprechen wie die Annahme, den Staat haften zu lassen.

Schwierigkeiten würden sich auch dann ergeben, wenn der Vormundschaftsrichter trotz des Irrtums das anfechtbare Rechtsgeschäft gelten lassen will, vielleicht weil es ihm für den Mündel auch günstig erscheint, wenn er es also „bestätigen" möchte. Den § 144 BGB. nach könnte dies nur der Anfechtungsberechtigte tun. Dies ist aber nach Breit und den anderen nur der Vormund. Der Vormundschaftsrichter müßte dann also den Vormund erst wieder anweisen. Wie aber nun, wenn dieser inzwischen schon angefochten hat? Kurzum der vorgeschlagene Weg wäre, auch selbst wenn man die Gründe, die für ihn sprechen, anerkennen würde, praktisch kaum gangbar.

---

[1]) Fuchs a. a. O. S. 117, der dies leugnet.

§ 9.

Es wird, wie zum Schluß der Ausführungen, die für eine Anfechtung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung sprechen sollen, noch hervorgehoben wurde, von verschiedenen Seiten behauptet, daß ein Bedürfnis für die entsprechende Anwendung der Anfechtungsvorschriften bestünde. Ist dies tatsächlich der Fall? Kipp hat[1]) dargelegt, daß praktisch dieses angebliche Bedürfnis sich durchaus durch eine Anfechtung des genehmigten Rechtsgeschäftes wegen der in ihm selber vorhandenen Mängel decken läßt. Es ist sehr naheliegend, daß der Vormund denselben Irrtum hegt, wie der Vormundschaftsrichter. Es ist durchaus denkbar, daß er demselben Betruge zum Opfer fällt wie das Vormundschaftsgericht, und meistens wird der Vormund das Werkzeug des Betrügers sein und die Täuschung erst dem Vormundschaftsrichter vermitteln. Auch hinsichtlich des selten vorkommenden Falles der Bedrohung ist es mehr als wahrscheinlich, daß der Zwang sich in erster Linie gegen den Vormund als den im Rechtsverkehr in Erscheinung Tretenden richtet als gegen den Vormundschaftsrichter allein. In all diesen Fällen kann das Rechtsgeschäft selbst wegen eigener Mängel angefochten werden.

Geht die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes voran und nimmt jetzt erst den Vormund mit demselben Willensmangel wie das Vormundschaftsgericht das Rechtsgeschäft vor, dann ist die Willenserklärung des Vormundes anfechtbar; ohne Rücksicht darauf, ob der Vormund im Namen des Mündels selbst handelt oder nur seine Zustimmung zu einem vom Mündel persönlich vorgenommenen Geschäft erteilt.[2]) Wird die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes erst nach Abschluß des Vertrages[3]) erteilt, so muß der Vormund gemäß § 1829 von der Genehmigung dem anderen Mitteilung machen. Ist diese Mitteilung ebenfalls mit denselben Mängeln behaftet wie die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes, was immer der Fall ist, wenn der Vormund den Irrtum des Gerichtes teilt, oder derselben rechtswidrigen Bedrohung oder demselben Zwange unterliegt, so kann sie jederzeit noch vom Vormund berichtigt werden.[4])

Wenn der Vormund selbst den Betrug verübt oder den Vormundschaftsrichter widerrechtlich durch Drohung zur Abgabe einer falschen Genehmigung bestimmt hätte, so kann natürlich der Vormund selber als Urheber der fehlerhaften Erklärung des Vormundschaftsrichters das Geschäft nicht anfechten.[5]) Aber auch der Vormundschaftsrichter kann dies nicht, denn er gibt ja keine rechtsgeschäftliche Erklärung ab und wird vor allem nicht rechtsgeschäftlich tätig. Dem Mündel selber aber

---

[1]) Recht 12 S. 11 ff.
[2]) Vgl. Kipp, Recht 12 S. 11 Anm. 14.
[3]) Bei einseitigen Willenserklärungen kommt § 1831 in Frage
[4]) Vgl. S. 51 der Vorlage.
[5]) Diesen Fall gibt auch Fuchs zu. a. a. O. S. 117.

als Vertragspartei ein Anfechtungsrecht zu geben, würde in analoger Anwendung des § 166, wonach die Person des Vormundes in Betracht käme, unzulässig sein. Eine Angriffsmöglichkeit gegen derartig fehlerhafte Genehmigungen würde sich nur nach den Grundsätzen über Anfechtbarkeit fehlerhafter Staatsakte rechtfertigen.

Es mag zugegeben werden, daß es trotzdem noch Fälle geben kann, in denen das Rechtsgeschäft selbst an einem eigenen Mangel nicht leidet, und daß infolgedessen eine Anfechtung nach bürgerlich-rechtlichen Grundsätzen nicht Platz greifen kann. Es ist aber nicht einzusehen, warum, da die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung doch anerkanntermaßen in ihrer Grundnatur ein Verwaltungsakt ist, nicht die Vorschriften über fehlerhafte Verwaltungsakte zur Anwendung kommen sollen. Ob allerdings eine solche Anwendung möglich ist, werden wir im Folgenden sehen. Bemerkenswert ist auch das Urteil des O.L.G. Karlsruhe,[1]) das für die wenigen Fälle, in denen sich die Anfechtbarkeit lohnen würde, sie gerade verneint.[2]) Gegen eine Anfechtung nach bürgerlichem Recht haben sich ferner noch außer den bereits Genannten Rausnitz,[3]) Goldberg,[4]) Goldmann-Lilienthal,[5]) Rosenbaum,[6]) Endemann[7]) und von Tuhr[8]) erklärt.

§ 10.

Die Untersuchung ist daher bei fehlerhafter Erteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung daraufhin abzustellen, ob sie als Verwaltungsakt den Grundsätzen über Anfechtbarkeit und Unwirksamkeit von fehlerhaften Verwaltungsakten unterliegt. Auch Verwaltungsakte können an Willensmängeln leiden.[9]) Man kann auch hier unterscheiden, Willensmängel, die durch Irrtum des Staatsorgans hervorgerufen sind, ähnlich wie im § 119 BGB., Täuschung, Bedrohung bezw. Zwang der Behörde (wie im § 123 BGB.). Im Bürgerlichen Gesetzbuch ist für solche Fälle einheitlich Anfechtbarkeit gegeben.

Die bedeutenste Rolle spielt von den Voraussetzungen der Anfechtbarkeit im Verwaltungsrecht der „erschlichene" Verwaltungsakt. Diese „Erschleichung" deckt nicht nur die Fälle, die im § 123 BGB. aufgeführt sind, sondern ist ein weiterer Begriff.[10]) Der Irrtum im Sinne des § 119 BGB. spielt, wie wir oben[11]) gesehen haben, im öffentlichen Recht eine untergeordnete Rolle und ist für die Wirksamkeit des Verwaltungs-

---

[1]) J.L.F.G. 2 S. 121 ff.
[2]) Vgl. Kipp-Wolff Anm. 64 auf S. 484.
[3]) ZZP. 25 S. 188 und Kom. § 55 Bem. 3.
[4]) S. 31.
[5]) S. 290.
[6]) S. 45.
[7]) S. 832.
[8]) 2. Hälfte S. 214 Anm. 20, ferner noch Mayer-Reis § 81 Anm. 3., Wedermann, S. 286.
[9]) Vgl. RG. 83 S. 432. S. auch oben S. 11 und 12.
[10]) Vgl. Neuhäuser S. 7.
[11]) S. 12 und 13.

aktes meistens unbeachtlich.[1]) Für den erschlichenen Verwaltungsakt gilt allgemein, daß er zurücknehmbar ist.[2]) Eingehende Ausführungen, insbesondere darüber, ob wegen Ermessensfehler auch angefochten werden kann und ob und wann es sich bei der erschlichenen Genehmigung um einen solchen handelt, würden zu weit führen, sind aber aus den folgenden Gründen auch überflüssig.

Die Regeln über Anfechtbarkeit erschlichener oder überhaupt fehlerhafter Verwaltungsakte gelten nämlich nur insoweit, als in den Gesetzen für diese Fälle keine Regelung getroffen ist. Diese kann darin bestehen, daß im Gesetz ausdrücklich eine Norm aufgenommen ist, daß für den und jenen Fall des fehlerhaften Erlasses der Akt widerruflich, unwirksam oder zurücknehmbar sein soll.[3]) Es ist aber auch möglich, daß der Wille des Gesetzgebers bei fehlerhafter Erteilung generell gegen eine Vernichtbarkeit des Aktes gerichtet ist.[4])

Der Verwaltungsakt der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes ist im besonderen eine Verfügung der freiwilligen Gerichtsbarkeit und untersteht daher in erster Linie den in dem Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit aufgestellten Normen. Eine die Genehmigung unmittelbar betreffende Vorschrift ist im § 55 R.F.G.G. enthalten. Dort ist gesagt, daß eine Verfügung, durch welche die Genehmigung zu einem Rechtsgeschäft erteilt oder verweigert wird, von dem Vormundschaftsgericht insoweit nicht mehr geändert werden kann, als die Genehmigung oder deren Verweigerung einem Dritten gegenüber wirksam geworden ist. Nach § 16 R.F.G.G. wird eine Verfügung mit der Bekanntmachung an denjenigen wirksam, für welchen sie dem Inhalt nach bestimmt ist. Die Genehmigung ist ihrem Inhalte nach an den Vormund gerichtet; sie wird also wirksam, wenn sie ihm bekannt gemacht wird.[5]) Im Sinne des § 55 R.F.G.G. wird sie aber erst wirksam, wenn sie dem Dritten, dem Vertragsgegner z. B., mitgeteilt wird, oder der Vormund mit der schon erteilten Genehmigung das Geschäft abschließt. (1829 BGB.). Ist die Genehmigung oder ihre Verweigerung solcher Art dem Dritten gegenüber wirksam geworden, dann kann sie insoweit weder von dem Vormundschaftsgericht noch von dem Beschwerdegericht (§ 62 R.F.G.G.) geändert werden. Ist die Genehmigung vor Abschluß des Rechtsgeschäftes schon erteilt worden, so kann sie, solange das Rechtsgeschäft noch nicht bindend abgeschlossen ist, jederzeit nach § 18 R.F.G.G. widerrufen werden; hat sich also der Richter über den Inhalt seiner Erklärung geirrt oder wollte er eine solche Erklärung nicht abgeben, ist er getäuscht worden oder hat er unter einem

---

[1]) Walter Jellinek, Staatsakt S. 42.
[2]) Anfechtung analog den Anfechtungsvorschriften des BGB. vertritt Neuhäuser S. 105/106.
[3]) Vgl. R.Abg.O. § 78, Gew.O. § 53; s. auch Jellinek, Teubner S. 40; Friedrich S. 110.
[4]) Jellinek, Staatsakt S. 166.
[5]) Rausnitz, Kom. zu § 55 Bem. 4 A. a.

Zwang gehandelt, so kann er sie immer noch zurücknehmen, denn dann ist die von ihm erteilte Genehmigung regelmäßig ungerechtfertigt.

Ist die Genehmigung aber wirksam geworden, das Gericht also nicht mehr befugt sie abzuändern, dann erhebt sich die Frage, ob sie bei Erschleichung durch den Dritten oder durch den Vormund nach den allgemeinen Grundsätzen über Erschleichung von Verwaltungsakten noch zurücknehmbar, „anfechtbar", ist. Und dies muß m. E. verneint werden. Der Wille des Gesetzgebers geht eindeutig dahin, auch der fehlerhaft erteilten Genehmigung Rechtsbeständigkeit zu verleihen. Jellinek[1]) vertritt diesen Standpunkt für den Fall der erschlichenen Bestätigung bei einem Adoptionsvertrag (§ 1741). Der § 67 Abs. 3 R.F.G.G. verbietet (ebenso wie der § 55 für die gerichtlichen Verfügungen) eine nachträgliche Aenderung des Beschlusses, durch den die Adoption bestätigt wird. Die Bestätigung und die Genehmigung haben aber so viele wesensverwandte Züge,[2]) daß auch Jellinek, wenn er an die Genehmigung gedacht hätte, zu dem gleichen Ergebnis gekommen wäre. Es widerspricht dem Gesetz, wollte man wegen einer Täuschung des Richters, die Genehmigung für zurücknehmbar halten. Im übrigen spricht auch dieser Gesichtspunkt gegen eine Anfechtung nach bürgerlich-rechtlichen Grundsätzen.

Dagegen ist aber zu erwägen, ob die Genehmigung in ihrer Eigenschaft als Verwaltungsakt unwirksam sein kann. Dies ist zu bejahen, „insofern eine Verfügung der freiwilligen Gerichtsbarkeit wegen Mangels der sachlichen Zuständigkeit oder der gesetzlich zwingenden Voraussetzungen für nichtig zu erklären ist,[3]) z. B. wenn der Mündel schon vor Erteilung der Genehmigung volljährig geworden ist. Vor allem sind also solche Verfügungen unwirksam, die das Vormundschaftsgericht im Widerspruch mit dem § 55 R.F.G.G. erläßt; denn hier fehlt dem Gericht die sachliche Zuständigkeit. Wenn also das Vormundschaftsgericht in Unkenntnis einer bereits erteilten Genehmigung eine neue von dieser abweichenden Genehmigung erteilen würde, ist die zuletzt erteilte unwirksam. Dasselbe gilt, wenn das Vormundschaftsgericht irrigerweise glaubt, die Genehmigung sei noch nicht dem Dritten gegenüber wirksam geworden und nun eine inhaltlich andere Genehmigung dem Vormunde erteilt.

Die Genehmigung ist auch unwirksam, wenn der Richter durch Drohung in solche Bestürzung versetzt wird, daß er nicht mehr Herr seiner Entschlüsse ist; auch dann, wenn der Drohende dem Richter seinen Willen suggeriert. Sie ist weiterhin unwirksam, wenn die Drohung eine derartige ist, daß dem Richter nicht zugemutet werden kann, die Ge-

---

[1]) Staatsakt S. 166.
[2]) Vgl. Kipp, Recht 12 S. 9.
[3]) Endemann S. 832.

nehmigung standhaft zu verweigern; wenn z. B. für ihn eine unmittelbare Gefahr für Leib und Leben besteht.[1])

Unwirksam ist ferner auch das, was nicht Gegenstand der Genehmigung gewesen ist, aber unzulässigerweise als Bestandteil der Genehmigung dem Dritten gegenüber bekannt geworden ist. Setzt also der Vormund etwas hinzu, was von dem Vormundschaftsgericht nicht genehmigt worden ist, so ist dieses Mehr ohne rechtliche Bedeutung, nur das, was dem Richter zur Genehmigung vorgelegen hat, ist rechtswirksam.[2]) Teilt der Vormund dagegen dem Dritten etwas nicht mit, was dem Vormundschaftsgericht vorgelegen und von diesem — als für den Mündel vielleicht gerade vorteilhaft — mitgenehmigt worden ist, so ist das Geschäft trotzdem mit dem wirksam, was der Vormund dem Dritten verschwiegen hat. Praktisch wird wohl meistens werden, daß vom Dritten mit dem Vormund irgendwelche Nebenabreden getroffen sind, und diese dem Vormundschaftsrichter nicht bekannt sind. Auch das Reichsgericht hat hierzu im Urteil vom 8. Juli 1905[3]) sich auf den Standpunkt gestellt, „daß der Richter den Vertrag nur mit dem Inhalt genehmigt, der sich aus den Vertragsurkunden in Verbindung mit den für das Geschäft gesetzlich aufgestellten Rechtsnormen ergibt, und daß daher der Käufer Erfüllung der vom Vormunde nebenbei gemachten, dem Vormundschaftsrichter nicht bekannten, Angaben und somit auch Erfüllungsinteresse in dieser Richtung nicht verlangen kann".[4])

Es muß hierbei auch noch auf eine Frage eingegangen werden, die bisher anscheinend noch nicht untersucht worden ist. Wie ist es, wenn der Vormund ein für den Mündel günstigeres Geschäft abschließt, als ursprünglich dem Vormundschaftsgericht zur Genehmigung vorgelegen hat. Er verkauft z. B. ein Mündelgrundstück zum Preise von 30 000 Mk., während das Vormundschaftsgericht in der schon vorher erteilten Genehmigung den Kaufpreis mit 20 000 Mk. angesetzt hat. Hier wird man zweifellos sagen können, daß das Vormundschaftsgericht stillschweigend auch das Mehr genehmigt hat, was für den Mündel günstig ist. Der Dritte ist als Vertragsgegner des Vormundes an den mit diesem geschlossenen Vertrag gebunden und kann sich nicht darauf berufen, daß das Vormundschaftsgericht etwas anderes, für ihn günstigeres, für den Mündel ungünstigeres, genehmigt hat. Die Anordnung des Genehmigungszwanges für den Vormund ist lediglich eine Schutzbestimmung für den Mündel und sein Vermögen. Dies äußert sich auch darin, daß der Dritte an den Vertrag gebunden ist, bis die Genehmigung erteilt, bezw. ihm bekannt geworden ist, der Vormund oder der Mündel dagegen während dieser Zeit jederzeit noch von dem Vertrage zurück kann.[5]) Wird also von dem Vormund ein Geschäft unter für den Mündel besseren Be-

---

[1]) Jellinek, Staatsakt S. 115/116.
[2]) Breit, a. a. O. S. 596, Endemann, S. 832.
[3]) Bd. 61, S. 209; und vorher Urteil v. 9. 1. 1900, Bd. 50 S. 281.
[4]) Vgl. auch Kipp, Recht 12 S. 9.
[5]) Kipp — Wolff S. 482; a. A. Schlomka S. 874.

dingungen abgeschlossen, dann muß in extensiver Interpretation der Satz gelten, daß das Geschäft, so wie es der Vormund abgeschlossen hat, als genehmigt zu gelten hat. Freilich soll nicht verkannt werden, daß der Vormund oft nicht in der Lage ist, Nachteile, die sich aus dem scheinbaren Vorteil ergeben, zu erkennen, und daß eben gerade hierfür das Gericht die Prüfung haben müßte. Für solche Fälle ist aber wieder zu sagen, daß das hinzugesetzte Mehr, sofern es für den Mündel einen Nachteil mit sich bringt, zusammen mit dem ihm dafür gewährten scheinbar günstigen Gegenwert unwirksam ist. Dem Mündel würde so kein Schade entstehen können, und es ist nicht einzusehen, warum eine derartige Auslegung nicht Platz greifen könne.

§ 11.

Es ist im Vorhergehenden schon verschiedentlich auf die Aehnlichkeit hingewiesen worden, die hinsichtlich der Gestaltung der Vorschriften über die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung und derjenigen über „Einwilligung und Genehmigung" im sechsten Titel des dritten Abschnittes im ersten Buch des BGB. besteht. Diese Gleichartigkeit nimmt nicht Wunder, wenn man bedenkt, daß die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung in Bezug auf ihre Rechtsfolgen ähnliche Wirkungen hervorruft, wie die Genehmigung einer Privatperson. Diese Gleichartigkeit ist aber hingegen auch keine Selbstverständlichkeit, denn es waltet doch der gewaltige Unterschied zwischen den beiden Arten von Genehmigungen ob, daß die eine ein öffentliches Rechtsgeschäft ist, die andere ein privatrechtliches. Und wenn das Gesetz nicht einfach für die Behandlung der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes auf den Titel des allgemeinen Teiles über Genehmigungen Bezug genommen hat, eine solche Verweisung sogar peinlich vermeidet und in den §§ 1828 ff. besondere Bestimmungen über die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung aufstellt, so darf daraus mit Recht gefolgert werden, daß sowohl die Rechtsnatur als auch die Behandlung der Genehmigung einer Privatperson und der des Vormundschaftsgerichtes und eines Staatsorganes allgemein eine verschiedene sein muß. Deshalb ist es abwegig, wenn Josef[1]) in diesem Zusammenhange die Frage aufwirft, warum die Genehmigung eines staatlichen Aufsichtsorganes zu einer Handlung einer kommunalen Körperschaft noch nicht daraufhin untersucht worden ist, ob sie wie eine privatrechtliche Genehmigung besonders hinsichtlich ihrer Anfechtbarkeit den allgemeinen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über Willenserklärungen unterliegt. Selbst wer, wie Josef, sich hinsichtlich der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes auf den Standpunkt einer solchen Anfechtungsmöglichkeit stellt, wird doch eine solche Behandlung eines reinen Verwaltungsaktes, wie eine solche Genehmigung eines staatlichen Aufsichtsorganes, nicht zulassen dürfen. Die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung hat dagegen, das beweist auch

[1]) In S. Bl. am Ende.

jene ähnliche Gestaltung der Vorschriften der §§ 1828 ff. mit denen der Genehmigung des ersten Buches, doch immerhin vieles, was privatrechtlicher Natur ist. Die Tätigkeit eines staatlichen Aufsichtsorganes ist aber nur eine rein öffentlich-rechtliche und niemals wird ein solches Aufsichtsorgan in dieser seiner Eigenschaft in dem Sinne privatrechtlich tätig, wie das Vormundschaftsgericht es werden kann.

Es ist auch nicht verwunderlich und beruht nicht etwa auf einem Versehen beim Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches, daß im § 1829 BGB. auch dann von „Genehmigung" gesprochen wird, wenn sie dem zu genehmigenden Geschäft vorangeht. Nach § 183 BGB. müßte eine solche vorangegangene Genehmigung eigentlich „Einwilligung" genannt werden, wie dies z. B. für die vorangehende Zustimmung des gesetzlichen Vertreters im § 107 BGB. geschehen ist. Es ist vielmehr auch in dieser verschiedenartigen Bezeichnung der Standpunkt des Gesetzgebers folgerichtig durchgeführt. Die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung ist weder „Einwilligung" gemäß § 183, noch „Genehmigung" gemäß § 184 BGB., sie ist also auch nicht „Zustimmung", welches Institut das Bürgerliche Gesetzbuch als übergeordneten Begriff verwendet. Die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes ist eine Genehmigung besonderer Art, die nicht den Vorschriften der §§ 182 ff. BGB. unterliegt.[1]) Der im § 1828 BGB. aufgestellte Satz, daß die Genehmigung nur dem Vormund gegenüber erklärt werden kann, und nicht auch wie im § 182, dem Dritten, bedeutet daher keine Ausnahme vom § 182, wie die Motive annehmen,[2]) sondern ist nur die Bestätigung der im § 16 Abs. 1 R.F.G.G. ausgedrückten allgemeinen Regel.

Von besonderer Bedeutung ist die Frage geworden, inwieweit der § 184 BGB. Anwendung auf die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung finden kann. Eine entsprechende Vorschrift fehlt dem Vormundschaftsrecht, und es ist daher zu erwägen, ob eine Heranziehung des § 184 nötig ist oder nicht. Im § 184 Abs. 2 ist normiert, daß, soweit nicht ein anderes bestimmt ist, die nachträgliche Zustimmung (Genehmigung) auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäftes zurückwirke. Schlomka meint,[3]) daß eine Verwendung des § 184 unnötig sei. Der Mündel sei durch den Vormund an das mit dem Dritten geschlossene Geschäft gebunden, ebenso wie der Dritte daran gebunden sei. Durch die beiderseitigen bindenden Erklärungen sei der Vertrag zu Stande gekommen. Die Leistungspflicht sei infolgedessen keine Folge der Genehmigung, sondern ergebe sich aus dem bindenden Vertrag. Für eine Rückwirkung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung sei daher gar kein Raum. Die Parteien könnten nur gegenseitig dem Leistungsanspruch die Einrede entgegensetzen, daß der Vertrag der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung entbehre. Der Vertrag sei also nur

---

[1]) Vgl. auch Manigk, HW. S. 305 unter 5.
[2]) IV S. 1154.
[3]) S. 874.

insofern unwirksam, als weder der Dritte noch der Mündel oder der Vormund Erfüllung verlangen könne.[1]) Die nicht vorhandene vormundschaftsgerichtliche Genehmigung gibt also nach Schlomka bei den genehmigungsbedürftigen Geschäften den Parteien praktisch nur ein beiderseitiges Leistungsverweigerungsrecht. „Danach kann der Vertrag, wenn er überhaupt nicht genehmigt wird, wohl gegenstandslos und die Lage nicht anders werden, als wäre er überhaupt nicht geschlossen worden. Das ist aber für die Beurteilung dessen unwesentlich, was von Anfang an geschehen ist.“[2])

Dieser Ansicht ist keineswegs zu folgen. Der Fehler liegt in der irrigen Prämisse Schlomkas, die Mündelpartei sei schon vor der erteilten Genehmigung an den Vertrag gebunden.[3]) Das Gesetz betont im § 1829 BGB. ausdrücklich, daß die „Wirksamkeit des Vertrages“ von der Genehmigung abhängt. Das Gesetz gibt der erteilten Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes die gleiche Wirkung wie gemäß § 177 BGB. der Genehmigung des Vertretenen zu einem vom Vertreter ohne Vertretungsmacht abgeschlossenen Rechtsgeschäft. Würde die versagte oder vom Vormund nicht mitgeteilte Genehmigung die von Schlomka beabsichtigte Rechtsfolge nach sich ziehen, so hätte das Gesetz sich sicher einer anderen Formulierung bedingt. Man muß vielmehr mit der herrschenden Meinung annehmen, daß das zu genehmigende Geschäft bis zur Erteilung der Genehmigung schwebend unwirksam ist. Wird die Genehmigung erteilt und macht der Vormund davon Gebrauch, dann erst wird das Geschäft für die Mündelpartei bindend. Der Dritte ist dagegen schon mit Abschluß des Geschäftes durch den Vormund gebunden. Dies folgt aus § 1830 BGB. Mit Recht muß aber hier die Frage gestellt werden, ob die Genehmigung rückwirkende Kraft hat. Und man wird, da ein in dieser Richtung sich bewegender Wille des Gesetzgebers offensichtlich ist, eine konkrete Vorschrift nicht besteht, den § 184 BGB. zur Hilfe nehmen können.

Die Genehmigung hat nur die Wirkung, dem Vormund für das zu genehmigende Rechtsgeschäft Vertretungsmacht zu verleihen. Wirksam wird sie erst, wenn der Vormund von der Genehmigung Gebrauch, d. h. dem Dritten von der erteilten Genehmigung mit dem Zusatz Mitteilung macht, daß er mit der Genehmigung das Geschäft vornehmen will. Vorher hat er den Vertrag nur als beschränkt vertretungsberechtigter Vertreter abgeschlossen.[4]) In Wahrheit ist daher nicht das Gericht sondern der Vormund Genehmigender im Sinne des § 184. Erst durch seine Willens-

[1]) Schlomka a. a. O. S. 876.
[2]) Schlomka a. a. O.
[3]) Schultheiß, ZBl. III S. 264 weist darauf hin, daß Schlomka nicht die volle Konsequenz aus seiner Ansicht zieht, und daß diesem wahrscheinlich Fälle der §§ 1810 Satz 2., 1823 vorgeschwebt haben. Vgl. auch S. 261/262.
[4]) Dagegen Schlomka S. 875 Anm. **)

erklärung erlangt das Geschäft Rechtswirksamkeit. Besonders ersichtlich wird dies dann, wenn der Vormund von der Genehmigung keinen Gebrauch macht, sie also dem Dritten entweder überhaupt nicht mitteilt oder aber nur mit dem Bemerken, daß er trotzdem das Geschäft nicht eingehen will. Dann wird nämlich das Geschäft trotz der erteilten Genehmigung des Gerichtes nicht wirksam. Wenn aber der Vormund Genehmigender im Sinne des § 184 ist, dann ist für eine unmittelbare Unterstellung dieses Falles unter die Vorschrift des § 184 Raum. Durch die Mitteilung des Vormundes, das Gericht habe ihm die Genehmigung erteilt und er mache dementsprechenden Gebrauch davon, — in praxi wird diese doppelte Erklärung freilich selten erkennbar sein, - wird das bis dahin schwebend unwirksame Geschäft in vollem Umfange von Anfang an wirksam.[1]) Es muß Breit zugegeben werden,[2]) daß dadurch „die nachträgliche Genehmigung des Vertrages in Wahrheit die vorherige Genehmigung der künftigen Genehmigung des Vertreters" ist. Aber dieser etwas schwierige Weg der nachträglichen Genehmigung ist durch das Gesetz geboten und eine Folge der rechtlichen Natur der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung als öffentlich-rechtlicher Akt. Das Vormundschaftsgericht soll unmittelbar keine dem Vormund obliegende Verwaltungshandlungen vornehmen, sondern nur dessen Verwaltungskreis erweitern.

Auch Breit[3]) ist für Anwendung des § 184 BGB., aber nur durch Analogie. Seine Gegengründe sind aber nicht überzeugend. Der Satz, mit dem er eine unmittelbare Anwendung ablehnt: Die gerichtliche Genehmigung sei und bleibe eine solche des Gerichts und die Mitteilung des gesetzlichen Vertreters sei nur die Erklärung, daß er von ihr Gebrauch mache, besagt doch im Grunde genommen nichts anderes, als was für die unmittelbare Anwendung angeführt worden ist, daß nämlich in Wirklichkeit der Vormund der die Wirksamkeit des Geschäftes hervorrufende Teil ist. Auch kommt Breit mit seiner analogen Anwendung in Konflikt mit dem Wortlaut des § 184 Abs. 2, der nur von Verfügungen des Genehmigenden spricht, der Vormund ja aber gerade nicht der Genehmigende sein soll. Aber dieser Widerspruch „könne die analoge Anwendung nicht in Frage stellen".[4])

Hat die Mitteilung des Vormundes von der Genehmigung des Gerichtes die volle Wirksamkeit des Geschäftes zur Folge, so bewirkt umgekehrt die Mitteilung von der Verweigerung, daß das Geschäft als nicht geschlossen anzusehen ist, also die völlige Unwirksamkeit. Will der Vormund und der Dritte das Geschäft von Neuem vornehmen, so

---

[1]) So Fuchs, FR. § 1829 Bem. III, 2 a; Opet-Blume § 829 Bem. 2; Schultheiß ZBl. III 3 S. 263; Kipp-Wolff S. 480, Schultetus S. 111 Abs. 2; Warneyer zu § 1821 Bem. VII; Rosenbaum S. 45; KG. Rspr. d. OLG. 6 Nr. 48 c.

[2]) Breit ZBl. S. 593.

[3]) a. a. O. S. 592.

[4]) a. a. O.

bedarf es einer erneuten Genehmigung des Gerichtes. Die Parteien insbesondere sind also nicht in der Lage, die Unwirksamkeit durch Vereinbarungen außer Kraft zu setzen und den Schwebezustand wieder herzustellen, sodaß unter Umständen das Beschwerdegericht die Genehmigung erteilen könnte.[1])

Bejaht man eine solche Rückwirkung nach § 184 Abs. 1, so muß man aber als notwendige Folge auch die Anwendbarkeit des § 184 Abs. 2 anerkennen. Es werden durch die Rückwirkung Verfügungen nicht unwirksam, die vor der Genehmigung über den Gegenstand des Rechtsgeschäftes von dem Vormunde getroffen werden oder im Wege der Zwangsvollstreckung, der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgt sind.[2])

Schlomka meint dagegen (allerdings von seinem Standpunkt begründet), daß durch diesen Satz der Vormund von der im Verkehr herrschenden Regel über Treu und Glauben entbunden würde. Nach ihm[3]) würden dementsprechend Verfügungen im Wege der Zwangsvollstreckung usw., die in der Zwischenzeit getroffen worden sind, nur dadurch wirksam werden können, daß das Vormundschaftsgericht das Geschäft n i c h t genehmigt. Diese Bedenken entfallen aber für den, der wie die herrschende Lehre den Vormund als Genehmigenden im Sinne des § 184 ansieht.

Allgemein ist noch zu sagen, daß, wenn das Gesetz eine entsprechende Anwendung des § 184 auf die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung hätte ausschließen wollen, es für diese überaus wichtige Frage eine besondere Regelung getroffen hätte. Aus dem Schweigen des Gesetzes darf daher mit Recht entnommen werden, daß die in der Mitteilung des Vormundes enthaltene vormundschaftsgerichtliche Genehmigung ebenso eine Rückwirkung auf den Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrages hat, wie die rechtsgeschäftliche Genehmigung. Es darf ferner daraus gefolgert werden, daß die Gültigkeit der im § 184 Abs. 2 aufgezählten Verfügungen von dieser Rückwirkung nicht betroffen werden. Es wird damit keineswegs der Grundsatz von der obrigkeitlichen Natur der Genehmigung aufgegeben, wie das anscheinend Breit[4]) glaubt.

§ 12.

Da bei nachträglich erteilter Genehmigung die Gültigkeit des zwischen Dritten und Vormund oder Mündel abgeschlossenen Vertrages von der Erteilung der Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht abhängt, taucht die Frage auf, ob die Genehmigung nicht als eine Bedingung, und zwar eine aufschiebende, anzusehen ist. Bedeutsam wird diese

---

[1]) OLG. Kolmar, Rechtspr. d. OLG. 18 S. 292; KG. Rspr. d. OLG. 6 Nr. 48 c; Breit S. 583.
[2]) So die Motive IV S. 1155 und die herrschende Lehre.
[3]) S. 874 Anm. *)
[4]) a. a. O. S. 593.

Frage dann, wenn der Vormund bei Abschluß des Vertrages mit dem Dritten diesem erklärt, die Gültigkeit des Vertrages hinge von der Genehmigung des Gerichtes ab, und wenn der Dritte in Kenntnis dieser Beschränkung den Vertrag eingeht. In der Tat ist die Genehmigung eine Bedingung des Geschäftes, aber eine solche kraft Gesetzes, also eine condicio iuris. Es ist nicht der Parteivereinbarung überlassen, ob die Genehmigung eingeholt werden soll oder nicht, sondern die Genehmigung ist stillschweigende, — uneigentliche, — Bedingung eines jeden im Katalog der §§ 1821, 1822, 1812 aufgeführten Geschäftes des Vormundes mit dem Dritten. Wird sie auch bei Abschluß des Geschäftes ausdrücklich erwähnt, so wird sie damit doch nicht eine echte Bedingung. Die in den §§ 158 ff. aufgestellten Vorschriften über Bedingungen beziehen sich nur auf solche kraft Parteivereinbarung, nicht auf die kraft Gesetzes. Ausschlaggebend ist diese Frage dann, wenn man die analoge Anwendbarkeit des § 162 auf die Genehmigung untersucht. Würde man die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes als echte Bedingung ansehen, so müßte die Genehmigung als erteilt gelten, wenn der Vormund wider Treu und Glauben verhindert, daß die Genehmigung erteilt wird, wenn er es also z. B. einfach unterläßt, die Genehmigung des Gerichtes einzuholen. In diesem Fall würde die Erteilung der Genehmigung fingiert werden, ohne daß das Vormundschaftsgericht zu dem Geschäft Stellung genommen hat. Ein solches Ergebnis widerspricht aber dem Charakter und dem Inhalt der Genehmigung. Das Vormundschaftsgericht soll materiell prüfen, ob das Geschäft als für den Mündel günstig zu genehmigen ist. Es kann also eine analoge Anwendung der Vorschrift des § 162, — eine unmittelbare verbietet sich aus der Natur der Genehmigung als condicio iuris — als mit dem Sinn des Gesetzes in Widerspruch stehend, nicht Platz greifen.[1]) Ob von den Parteien, wenn ausdrücklich der Erteilung der Genehmigung als Bedingung Erwähnung getan ist, etwas anderes bezweckt ist, ist eine Frage, die nur für den Einzelfall zu beantworten ist.

Die Natur der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes bringt es mit sich, daß das Gericht nicht dem vom Vormund beabsichtigten Vertrag einen anderen Inhalt geben kann. Da das Gericht nicht selbst rechtsgeschäftlich tätig werden darf, kann es den Vertrag nur so genehmigen, wie er vom Vormund dem Gericht zur Genehmigung vorgelegt wird. Will das Gericht trotzdem eine Aenderung des Vertrages haben, ist es also nicht prinzipiell gegen den Abschluß des Vertrages, so wird es meistens seinen Willen in die Form einer Bedingung kleiden, unter der es dann dem Vormund die Genehmigung erteilt. Würde das Gericht rein äußerlich seinen abweichenden Willen nicht als Bedingung kundgeben, sondern den Vertrag nur mit dem von dem Gericht beabsichtigten Inhalt genehmigen, so kann diese Abweichung als Bedingung aufgefaßt

---

[1]) So auch RG. Urteil vom 6. IV. 1921, Bayr.Z. 1921. S. 174; Josef Bayr.Z. 1925, S. 353.

werden. Daß eine Genehmigung unter einer solchen Bedingung erteilt werden kann, ist in Rechtsprechung und Literatur allgemein anerkannt.[1])

Knüpft das Gericht die Genehmigung an eine solche Bedingung, dann ist die rechtliche Gestaltung eine verschiedene, je nach dem, ob die Genehmigung im Voraus erteilt ist oder erst nach Vornahme des Geschäftes erfolgt. Wird nämlich die im Voraus erteilte Genehmigung mit einer Bedingung versehen, dann kann der Vormund das Geschäft nur nach Eintritt der Bedingung vornehmen, also meistens erst dann, wenn der in der Bedingung enthaltene Inhalt auch Bestandteil des Rechtsgeschäftes geworden ist. Voraussetzung hierfür ist allerdings, daß das Geschäft kein bedingungsfeindliches ist, wie also z. B. die Ausschlagung eines Vermächtnisses im Falle des § 1822 Ziff. 2 (§ 2180 Abs. 2). Wird in einem solchen Fall trotzdem die Genehmigung unter einer Bedingung erteilt, so muß die Genehmigung als verweigert gelten.

Wird die nachträglich erteilte Genehmigung an eine Bedingung geknüpft, so ist zu unterscheiden, ob die Bedingung eine Aenderung des Vertrages zum Inhalt hat oder nicht. Im letzteren Fall kann der Vormund erst dem Dritten von der erteilten Genehmigung Mitteilung, das Geschäft also damit rechtswirksam machen, wenn die Bedingung eingetreten ist. Enthält die Bedingung Abweichendes von dem vom Vormund abgeschlossenen Vertrage, so liegt darin eine Verweigerung der Genehmigung des Vertrages, so wie ihn der Vormund geschlossen hat; dagegen eine erneute, — vorhergehende — Genehmigung eines Vertrages mit dem vom Gericht in der Bedingung aufgenommenen Inhalt. Schließt der Vormund einen Vertrag dieses Inhaltes, oder ändern die Parteien den alten Vertrag in dieser Richtung um, so ist der Vertrag wirksam. Verweigert der Vormund den Abschluß des Vertrages mit dem ihm vom Gericht bezeichneten Inhalt, so ist der erste Vertrag, da ohne Genehmigung abgeschlossen, unwirksam und ein neuer mit dem vom Gericht beabsichtigten Inhalt natürlich auch nicht zustande gekommen. Daraus folgt weiterhin, daß, wenn der Vormund dem anderen Teil von der Genehmigung mit der vom Gericht hinzugefügten Bedingung Mitteilung macht, ohne aber selbst die Bedingung zu erfüllen, diese Mitteilung keine Wirksamkeit im Sinne des § 1829 Abs. 1 Satz 2 haben kann.

Das Vormundschaftsgericht kann die Genehmigung ebenso wie mit einer Bedingung auch mit einer Befristung versehen.[2]) Ist also die Genehmigung an einen Anfangstermin geknüpft, so tritt die Wirkung der Genehmigung erst mit Eintritt des Termins ein (§ 163). Hat der Vormund dem Dritten von der befristeten Genehmigung schon vor Ablauf der Frist Mitteilung gemacht, so tritt trotzdem erst die Genehmigung

---

[1]) Fuchs, FR. Vorbem. 1, 8 zu § 1821; Kipp-Wolff S. 478, Anm. 43; Opet-Blume Bem. 4 zu § 1828; RG.: Gruchots Beiträge 41, 1110; Kammergericht OLGE. 10, 25; RG. 85, 421; für das alte Recht Wachler, Anm. 1 zu § 42 a. E.; Anton, Anm. 112 zu § 42; Wilutzky, Anm. 2 zu § 42. a. A. KG. OLGE. 24, 56 ff.

[2]) Vgl. Opet-Blume zu § 1828 Bem. 4 a. E.

mit Eintritt des Termines in Wirksamkeit. Bis dahin kann daher auch das Vormundschaftsgerichts die Genehmigung jederzeit widerrufen (§§ 55, 18 R.F.G.G.).

Das Vormundschaftsgericht kann bei Erteilung der Genehmigung dem Vormunde auch eine Auflage machen. Diese hat aber auf die Wirksamkeit der Genehmigung selbst keinen Einfluß. Wird also die Auflage nicht erfüllt, so ist trotzdem die Genehmigung wirksam und erzeugt die üblichen rechtlichen Folgen.[1])

§ 13.

Ist dem Vormund vom Gericht die Genehmigung, sei es vor, sei es nach der Vornahme des Geschäftes durch ihn, erteilt worden, so hängt es von seinem Ermessen ab, ob er von der Genehmigung Gebrauch machen will oder nicht. Erscheint ihm das Geschäft auf Grund neuer Bedenken für den Mündel nachteilig, so braucht er trotz der schon erteilten Genehmigung, obwohl also möglicherweise das Gericht seine Bedenken nicht teilt, das Geschäft nicht abzuschließen oder auch nicht von der Genehmigung Mitteilung zu machen. Das folgt aus der Selbständigkeit des Vormundes in der Vermögensverwaltung des Mündels und in seiner Fürsorge für den Mündel. Das Vormundschaftsgericht kann daher den Vormund auch nicht zur Vornahme des Geschäftes oder zur Mitteilung der Genehmigung an den Vertragsgegner zwingen.[2]) Der Vormund bleibt vielmehr, auch wenn ihm die Genehmigung erteilt ist, zu der Prüfung verpflichtet, ob das Geschäft den Interessen des Mündels entspricht. Handelt der Vormund pflichtwidrig, so ist er auch trotz der erteilten Genehmigung des Gerichtes dem Mündel gemäß § 1837 BGB. für den Schaden verantwortlich, der aus einer auf seinem Verschulden beruhenden Pflichtwidrigkeit entstanden ist.[3])

Ebenso wie die Genehmigung eine Pflichtwidrigkeit des Vormundes nicht heilt, verleiht sie einem fehlerhaften, insbesondere nichtigen Rechtsgeschäft auch keine besondere Kraft. Verstößt daher das vom Vormund abgeschlossene Geschäft gegen die guten Sitten, so ist es, wenn es auch mit der Genehmigung des Gerichtes vorgenommen ist, nichtig. Dieser Grundsatz ergibt sich schon aus der Erwägung heraus, daß die Genehmigung des Gerichtes nicht unmittelbar für das Geschäft sondern dem Vormund erteilt wird. Andererseits besteht auch kein Rechtssatz, demzufolge staatliche Autorität fehlerhafte Geschäfte von Mängeln befreien oder besonders erstarken lassen kann. Würde die Genehmigung zu einem nichtigen Geschäft erteilt werden, so würde, falls dem Mündel daraus ein Schaden entsteht, auch unter Umständen der Vormundschaftsrichter nach der allgemeinen Vorschrift des § 1848 verantwortlich sein.

---

[1]) Vgl. Kipp-Wolff, S. 478 Anm. 43; Bayr. OLG. 22, 331.
[2]) Staudinger § 1829, Bem. 2; Goldberg S. 57.
[3]) Vgl. Breit, ZBl. S. 597.

§ 14.

Von besonderer Bedeutung für die Behandlung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung ist, wie sich das Erfordernis der gerichtlichen Genehmigung zu einer Verpflichtung des Mündels zur Vornahme des zu genehmigenden Geschäftes verhält. Ein einfaches Beispiel erläutere dieses. Der Erblasser des Mündels hat zu seinen Lebzeiten ein Grundstück gültig und formgerecht verkauft. Nach Abschluß des obligatorischen Vertrages stirbt er. Der Mündel ist als Erbe verpflichtet, dem Dritten das Grundstück aufzulassen. Die Auflassung enthält eine Verfügung über das Grundstück im Sinne des § 1821 Abs. 1 Ziff. 1. Da die Auflassung abstrakter dinglicher Vertrag ist, ist es unerheblich, ob das Kausalgeschäft der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedurfte; es ist infolgedessen insoweit auch unbeachtlich, daß der Rechtsvorgänger des Mündels frei verfügen konnte. Daß diese Trennung von obligatorischem und dinglichem Vertrag auch mit Bezug auf das Erfordernis der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung im Gesetz seinen Rückhalt hat, ergibt § 1821 in seinen Ziffern 1 und 3. In Ziffer 1 wird die Genehmigung zu der Verfügung über ein Grundstück gefordert, in Ziffer 3 zur Eingehung der Verpflichtung zu einer Verfügung. Es ist daher unzweifelhaft, daß allgemein, und im besonderen in dem oben angeführten Beispiel, der Vormund, wenn er die Verpflichtung des Mündels erfüllt, also über das Grundstück verfügt, zu der Auflassungserklärung der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes bedarf.[1]) (Allerdings ist es Sache der Auslegung, ob im besonderen Fall die Genehmigung zu einer Verpflichtung auch die Genehmigung zu einer Erfüllung enthält.[2]) Man kommt hierbei in einen gewissen Konflikt mit dem dem Vormundschaftsgericht bei Prüfung über die Erteilung der Genehmigung gegebenen freien Ermessen. Der Vormundschaftsrichter kann mit anderen Worten nicht mehr prüfen, ob das Geschäft den wahren Interessen des Mündels entspricht. Versagt er sie, so wird der Mündel verurteilt oder hat gegebenenfalls dem Dritten einen Schaden zu ersetzen. Erwägt man aber, daß eine Versagung der Genehmigung für den Mündel derartig nachteilige Folgen haben kann, so muß man zu dem Ergebnis kommen, daß, wenn das Interesse des Mündels gewahrt werden soll, der Richter die gerichtliche Genehmigung erteilen muß, andernfalls er pflichtwidrig handeln würde. Sein Ermessen hat sich bei Fällen dieser Art darauf zu erstrecken, ob für den Mündel tatsächlich eine Verpflichtung besteht oder nicht. So wird man dann auch dem gerecht, daß das richterliche Ermessen in einem solchen Fall nicht gänzlich ausgeschaltet ist.

---

[1]) So KGJ. 20 S. A 237 ff. Fohr S. 407; Breit ZBl. S. 597; Planck, Erläut. 5 vor § 1821; a. A. früher KG. KGJ. Bd. III S. 106 ff., in welcher Entscheidung es auf dem Standpunkt steht, daß es nur maßgeblich sei, ob das Verpflichtungsgeschäft der Genehmigung bedarf.

[2]) Vgl. Fuchs, FR. § 1821 Bem. 2 I c a. E.

§ 15.

Schwieriger ist die Beantwortung der oben aufgestellten Frage für den Fall, daß der Mündel, vertreten durch seinen Vormund, zur Abgabe der Auflassungserklärung verurteilt worden ist, seine Willenserklärung also gemäß § 894 Z.P.O. fingiert wird, oder wie das Gesetz sagt, „die Willenserklärung als abgegeben gilt". Fälle dieser Art sind praktisch durchaus nicht selten.[1]) Kann hierbei, wo außerdem noch die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung erforderlich ist, der Vormundschaftsrichter noch irgend einen Einfluß auf das zu genehmigende Geschäft haben? Hat er also durch Erteilung oder Versagung der Genehmigung noch irgendwelche Macht über das ergangene Urteil? Versuche, für Fälle dieser Art eine Lösung zu finden, sind verschiedentlich gemacht worden. Man hat einmal allgemein aus der Erwägung, daß dem Vormundschaftsrichter ein solcher Einfluß auf ein rechtskräftiges Urteil nicht zustehen dürfte, das Erfordernis einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung für solche nach § 894 Z.P.O. ersetzten Willenserklärung abgelehnt. Breit[2]) glaubt die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung aus Gründen entbehren zu können, die in dem § 894 selbst ihren Ursprung habe. Der § 894 fingiere nicht nur eine formgerechte Erklärung, sondern ersetze auch mangelnde Geschäftsfähigkeit des Schuldners. Die Erklärung sei daher so anzusehen, als ob sie von einem geschäftsfähigen Schuldner abgegeben worden sei. Daraus ergebe sich: „die Wirksamkeit der gesetzlichen Annahme wird nicht dadurch in Frage gestellt, daß es sich um eine der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedürftige Erklärung handelt".[3])

Demgegenüber meint Kuttner mit Recht,[4]) dies sei eine „willkürliche Fiktion", die den wahren Tatsachen offen in's Gesicht schlägt". Man wird doch, wenn der Mündel überhaupt nicht geschäftsfähig ist, infolgedessen gar keine Willenserklärung abgeben kann, auch keine für ihn fingieren können. Wenn eine solche Willenserklärung, die der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes bedarf, durch Urteil ersetzt wird, so ist das nur dahin zu verstehen, daß sie als vom Vormund abgegeben gilt. (Sind mehrere Vormünder oder ein Gegenvormund vorhanden, so gilt sie als von diesen mit abgegeben).[5])

Es spricht aber auch weiterhin der Umstand gegen die von Breit entwickelte Ansicht, daß auf diesem Wege der Vormund und der Dritte in fraudem legis eine Verurteilung, z. B. durch ein zwischen Ihnen vereinbartes Versäumnis- oder Anerkenntnisurteil herbeiführen könnten. Würde man bei solchen durch Urteil ersetzten Willenserklärungen eine Genehmigung des Gerichtes ausschließen, so bestünde für einen ungetreuen Vormund die beste Gelegenheit, die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes zu umgehen und auszuschalten.[6])

[1]) Vgl. die Beispiele bei Kuttner, Festschrift, S. 238 ff.
[2]) ZBl. S. 597.
[3]) Breit ZBl. a. a. O.; derselbe Geschäftsfähigkeit, I S. 324 ff.; ähnlich auch Güthe S. 419 ff.
[4]) a. a. O.
[5]) Kipp, Recht 13 S. 49; Kipp-Wolff S. 476.
[6]) Vgl. v. Amelunxen ZBl. 7, S. 547 ff.

Es trifft Kuttner das Verdienst, einen Versuch, dem Problem auf den Grund zu gehen, gemacht zu haben.[1]) Die Stütze seiner Ansicht findet er im klassischen römischen und im spätrömischen Recht. Seine eingehenden Untersuchungen gipfeln in dem Satz, daß ebenso wie im römischen auch im heutigen Recht „das vormundschaftsgerichtliche Imperium zugunsten desjenigen staatlichen Imperiums, daß sich im Zivilprozeß (einschließlich der Zwangsvollstreckung) entfaltet und in der Rechtskraft sowie der Vollstreckung seinen höchsten Ausdruck findet" in den Hintergrund treten muß.[2]) In der Kollision dieser beiden staatlichen Tätigkeitsformen habe schon im römischen Recht den Anordnungen der Prozeßmagistrate die überlegene autoritas gebührt, (wie der Satz Ulpians D. 27, 9. 3, 1. beweise.)[3]) Dies habe sich dahin ausgewirkt, daß prozessuale Jurisdiktionsakte von der Vormundschaftsbehörde nicht nachgeprüft werden konnten, wohingegen die Prozeßmagistrate die Genehmigungsdekrete des Prätors einer Nachprüfung auf ihre Gültigkeit uneingeschränkt unterziehen konnten. Auf Grund längerer Ausführungen, auf die einzugehen hier zu weit führen würde, erkennt Kuttner die Berechtigung seines von ihm aufgestellten Satzes an, dem auch das Kammergericht gefolgt ist und mit den Worten Ausdruck gegeben hat: „In jedem Fall bindet der Urteilszwang nicht blos den Verurteilten selbst, sondern auch diejenige Behörde, deren vormundschaftlicher Aufsicht er unterstellt ist"[4]). Kuttner folgert daraus mit dem Kammergericht, daß für eine solche, durch Urteil ersetzte Willenserklärung, die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes nicht erforderlich ist.[5]).

Demgegenüber hat Kipp Stellung genommen.[6]). Er meint, daß jenes von Kuttner aufgestellte Prinzip der Vorherrschung des Imperiums des Prozeßgerichtes vor anderen Staatsorganen, insbesondere der Obervormundschaftsbehörde, weder für das römische noch für das heutige Recht Geltung habe..[7]). Vor allem sei aus dem von Kuttner als Grundlage genommenen Satz Ulpians nicht der von ihm entnommene Sinn herauszulesen, da dieser Satz ganz allgemein gehalten sei. Insbesondere ist aber auch die von Kuttner als Argument herangezogene Tatsache, daß die Gültigkeit obervormundschaftlicher Akte der Nachprüfung durch das

---

[1]) Kuttner a. a. O. S. 235 ff., derselbe Urteilswirkungen S. 123 ff in Fischers Abhandlungen.

[2]) Kuttner, Festschrift S. 239.

[3]) zitiert nach Kuttner S. 257.

[4]) K.G.J. 31, S. A 293/296.

[5]) So die herrschende Lehre, die meistens aber nur diese Frage bei dem allgemeinen Problem über die Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung mitbehandelt hat. Vgl. die bei Kuttner, Festschrift auf S. 236 Anm. 1 zitierten. Außerdem Josef, ZBl. 15 S. 531, 543, 544, 548; derselbe im Recht 1913 S. 130. Dagegen nicht mehr Staudinger-Engelmann, Bem. 5 zu den §§ 1821, 1822.

[6]) Kipp, Festgabe, S. 60 und im Recht 13 S. 45 ff.

[7]) Kipp, Recht 13 S. 46.

Prozeßgericht unterliege, nicht durchgreifend, da im römischen Recht ebenfalls das Urteil eines Prozeßgerichtes der freien Nachprüfung auch außerhalb eines Rechtsmittelverfahrens unterstellt war. Es hatte also keineswegs das Urteil einen besonderen Vorrang vor einer obervormundschaftlichen Anordnung. Wenn das Prozeßgericht eine solche Anordnung nachprüfen kann, so bedeutet das, wie Kipp[1]) mit Recht sagt, nicht ein plus sondern eher ein minus. Das Imperium des Prozeßgerichtes ist nicht den anderen Imperien staatlicher Organe übergeordnet, sondern gerade weil alle Imperien auf gleicher Stufe stehen und mit gleicher Macht ausgerüstet sind, muß das Prozeßgericht die obervormundschaftlichen Akte nachprüfen können, andernfalls ja diese dem Spruch des Prozeßgerichtes überlegen wären.

Ebensowenig wie im römischen Recht von einer besonderen Ueberordnung des Gerichtes von anderen Staatsorganen zu sprechen ist, ist auch nach heutigem Recht dem Prozeßgericht im allgemeinen keine Vormachtstellung eingeräumt. Vielmehr besteht im modernen Staat der Grundsatz der Gleichberechtigung der Staatsorgane, der schon in der Montesquieu'schen Lehre von der Trennung der Gewalten seinen Ausdruck gefunden hat.[2]) Dies gilt auch für die Justiz und die Tätigkeit des Vormundschaftsgerichtes, die eine solche der Verwaltung ist. Es muß einerseits das Prozeßgericht Anordnungen des Vormundschaftsgerichtes als Entscheidungsgrundlage hinnehmen, andererseits darf auch die obervormundschaftliche Behörde sich nicht über ein Urteil des ersteren hinwegsetzen. Es kann daher, wenn das Prozeßgericht auf eine Verurteilung des Mündels zur Abgabe einer genehmigungspflichtigen Willenserklärung erkannt hat, nicht mit der Begründung einer Vormachtstellung des Prozeßgerichtes auf die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes verzichtet werden. Da in Wahrheit nicht eine Erklärung des Mündels, der gar keine rechtsverbindliche Erklärung abgeben kann, sondern eine solche des Vormundes fingiert wird, so bedarf auch diese fingierte Willenserklärung des Vormundes der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes. Der Vormundschaftsrichter muß daher, wenn der Mündel gemäß § 894 Z.P.O. rechtskräftig verurteilt worden ist, die Genehmigung erteilen, ebenso wie wenn der Mündel nur ohne Rechtskraftwirkung verpflichtet wäre. Auch das freie richterliche Ermessen ist hierbei nicht ausgeschaltet. Das Vormundschaftsgericht kann und muß prüfen, ob das Urteil als Staatsakt fehlerhaft ist.[3]) Ist ein solches Urteil erschlichen und gegen dessen Rechtskraft also der Arglisteinwand gegeben,[4]) so würde der Vormundschaftsrichter pflichtwidrig handeln, wenn er trotz Kenntnis der Anfechtbarkeit des Urteils die Genehmigung erteilen

---

[1]) a. a. O. S. 48.
[2]) Vgl. Hatschek S. 11.
[3]) so Kuttner, Festschrift S. 237; Kipp, Recht 13 S. 50; Kipp-Wolff, S. 476.
[4]) Vgl. W. Jellinek, Staatsakt S. 188.

würde. Die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes darf deshalb auch nicht ausgeschaltet werden. Sie bildet nicht nur ein aus formalen Gründen beizubehaltendes Anhängsel der als abgegeben geltenden Willenserklärung des Mündels, sondern ist eine Rechtsnotwendigkeit derselben. Wird also der Mündel zur Auflassung eines Grundstückes verurteilt, so darf der Grundbuchrichter die Eintragung nicht vornehmen, ehe ihm die Genehmigung des Vormundschaftsrichters nachgewiesen ist.[1]) Dasselbe gilt auch für die Einwilligung zur Eintragung einer Hypothek.[2])

Zu einer gegen den Mündel gerichteten Zwangsvollstreckung, sei es eine Zwangsversteigerung, sei es die Eintragung einer Zwangshypothek, ist die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung nicht erforderlich, wie das auch aus den Materialien zum BGB. hervorgeht.[3]) In diesen Fällen handelt es sich nicht um Verfügungen des Mündels, sie werden auch vom Gesetz nicht wie im Falle des § 894 als solche angesehen, sondern die Funktion, durch die die Rechtsveränderung eintritt, ist der staatliche Ausspruch als solcher (z. B. der Zuschlag § 90 Z.V.G.). Es verbietet sich daher ein Analogieschluß oder eine gleiche Behandlung für Fälle durch Urteil fingierter Willenserklärungen des Mündels, wie Kuttner es tut.[4])

§ 16.

Nach herrschender Ansicht bedarf der Vormund auch nicht zur Prozeßführung der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes, sei es, daß der Mündel Beklagter, sei es, daß er Kläger ist. Im ersten Fall könnte, wenn man eine Genehmigung auch zur Prozeßführung für erforderlich erachtet, das Vormundschaftsgericht durch Vorenthaltung seiner Genehmigung seiner Genehmigung einer Verurteilung des Mündels inhibieren, da es zur Genehmigungserteilung nicht gezwungen werden kann. Dies würde eine Rechtsunsicherheit ergeben, die vom Gesetz niemals gewollt ist Die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes wird vielmehr nur zu jeder konkreten Verfügung oder zu jedem Geschäft erteilt, nicht dagegen zu einem Prozeß im Allgemeinen. Daraus folgt aber, daß der Vormund zu Prozeßhandlungen, die genehmigungsbedürftige Verfügungen oder andere Rechtsgeschäfte enthalten, die Genehmigung jedesmal dazu einholen muß, andernfalls diese Prozeßhandlungen unwirksam sind.[5])

---

[1]) Im Ergebnis stehen auf demselben Standpunkt außer Kipp, Kipp-Wolff S. 476; Stein-Jonas, § 894 Bem. II und Bem. 37; Kormann, A. f. ö. R. 30, S. 272. andere s. bei Kuttner a. a. O. S. 236. Anm. 2.

[2]) Hierzu s. näheres unten S. 60.

[3]) Motive IV, S. 1149; Protokolle S. 795.

[4]) a. a. O. S. 239; vergl. auch Fohr, S. 408.

[5]) Bestritten ist dies für den Verzicht auf Rechtsmittel: Für das Erfordernis der Genehmigung OLG. Posen, Seuff. A. 62, 238, dagegen v. Amelunxen, D.Not.V. S. 20, 37 ff. und im ZBl. 7, S. 536, 570. Vgl. auch Brettner, Recht 1900, S. 84 (Klageerhebung ist nicht Verfügung).

Auch für einen vor dem Richter geschlossenen Prozeßvergleich ist die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes erforderlich. Nach den Materialien zum BGB. ist die Anwendung des § 1822 Ziff. 12 auf den Prozeßvergleich gebilligt, von einer Normierung ist jedoch abgesehen worden, weil man die Aufnahme einer solchen Bestimmung in das BGB.[1]) nicht für richtig hielt. Eine Stellung zu dieser im übrigen sehr bestrittenen Frage läßt sich nur nehmen, nachdem man sich mit dem Problem, ob der Prozeßvergleich eine Prozeßhandlung ist oder nicht, auseinandergesetzt hat. Die herrschende Lehre meint das Letztere und kommt daher zur Anwendung des § 1822 Ziff. 12.[2])

§ 17.

In unmittelbarem Zusammenhang mit dem Problem der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung steht die Frage über die Rechtsnatur der Mitteilung, die der Vormund gemäß § 1829 Abs. 1 S. 2 bei nachträglich erteilter Genehmigung dem Dritten macht. Es soll insoweit, als diese „Mitteilung" Bedeutung für die Genehmigung des Gerichtes hat, auch auf ihren Charakter und ihre Behandlung eingegangen werden. In der Literatur ist vielfach die Ansicht vertreten, die Mitteilung des Vormundes von der Erteilung der Genehmigung sei eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung.[3]) Um diese Ansicht auf ihre Richtigkeit zu untersuchen, muß man prüfen, ob die Mitteilung des Vormundes allen Anforderungen des Rechtsgeschäftsbegriffes entspricht.

„Das Rechtsgeschäft ist die der Privatautonomie der Rechtssubjekte dienstbare juristische Handlung, in deren Tatbestand der auf die Rechtswirkung gerichtete, in einem äußeren Verhalten zur Vollendung gekommene Wille des Subjektes wesentlich ist."[4]) „Beim Rechtsgeschäft will der Handelnde" also mit anderen Worten „den Eintritt einer Rechtswirkung, er will diese Rechtswirkung durch seine Erklärung oder Willensäußerung herbeiführen und nimmt infolgedessen die Erklärung bezw. die Willensäußerung vor."[5])

Die Rechtswirkung, die durch die Mitteilung des Vormundes an den Dritten herbeigeführt wird, ist die Wirksamkeit der schon erteilten Genehmigung dem Dritten gegenüber und die endgültige Wirksamkeit des bis dahin schwebend unwirksamen Geschäftes. Meist liegt dieser Erfolg auch in der Willensrichtung des Vormundes. Aber man würde

---

[1]) Protokolle IV. S. 793 ff.

[2]) Vgl. die eingehende Literatur bei Staudinger, Bem. 2, p, ß, zu §§ 1821, 1822 und bei Fuchs, FR., § 1822 Ziff. 12 b; außerdem für die diesseitige Ansicht noch Josef, ZBl. 15, S. 545 und im Recht 1913 S. 130. Kuttner, in Fischers Abhandl. Bd. 26 S. 131. Anm. 171.

[3]) Fuchs, FR., Bem. 2 a zu § 1829 und die bei diesem angeführte Literatur; Kipp-Wolff S. 480; Opet-Blume Bem. 2 zu § 1829; Breit ZBl. 4 S. 584.

[4]) Manigk, We. und Wg., S. 639; ebenso auch v. Tuhr, 1. Hälfte S. 143 ff. Oertmann Komm.Vorbem. vor § 104 S. 316 f.

[5]) Klein S. 8.

doch einen Fehler begehen, wollte man auf Grund dieser Uebereinstimmung zwischen Wille und Erfolg schließen, dieser gesetzlich normierte Erfolg trete ein, weil er vom Vormund gewollt war. Dieser Wille des Vormundes ist dem gesetzlichen Tatbestand der Mitteilung nicht wesentlich. Das Gesetz läßt diesen Erfolg nicht eintreten, weil er vom Vormund gewollt ist, sondern es ist der Rechtsordnung gleichgültig, ob ein in dieser Richtung sich bewegender Wille des Erklärenden da ist oder nicht. Praktisch würde dies zum Beispiel dann, wenn der Vormund dem Dritten mitteilen würde: „die Genehmigung ist erteilt", ihm damit aber nur die Tatsache der Genehmigungserteilung übermitteln wollte, die eigentliche Perfektion des Geschäftes dagegen aus irgend welchen Gründen nicht mehr wünscht, und dies auch dem Dritten nicht zu erkennen gibt. Dann würde die im Gesetze an diese Erklärung gebundene Rechtsfolge auch ohne den Willen des Vormundes eintreten, d. h. die Genehmigung des Gerichtes und damit auch das schon vorgenommene Geschäft würde trotz des anders gerichteten Willens des Vormundes wirksam werden. Die Mitteilung des Vormundes ist demgemäß sogenannte Rechtshandlung. Als solche werden diejenigen rechtlich erlaubten Handlungen bezeichnet, die nicht Rechtsgeschäfte sind[1]) Unter diesen bilden die Mitteilungen eine Gruppe für sich. Sie werden geschieden in „Vorstellungsmitteilungen" und „Willensmitteilungen". Wie aus den Namen schon hervorgeht, sind Vorstellungsmitteilungen in der Hauptsache „Mitteilungen von Vorstellungen über Geschehnisse und Tatsachen der Vergangenheit oder Gegenwart",[2]) und Willensmitteilungen solche, „in denen sich ein auf die Zukunft gerichteter Wille des Subjektes ankündigt".[3]) Ein Vergleich mit der Mitteilung des § 1829 ergibt, daß diese unter die Vorstellungsmitteilungen einzureihen ist, denn sie enthält die Vorstellung des Vormundes von der vom Gericht erteilten Genehmigung.[4]) Eine Willensmitteilung ist z. B. die im § 1829 Abs. 2 genannte „Aufforderung"[5])

Der Unterschied der Vorstellungsmitteilungen von den Rechtsgeschäften wird für unsere Mitteilung bedeutsam, wenn man die Anwendbarkeit der allgemeinen Vorschriften über Rechtsgeschäfte auf die Vorstellungsmitteilungen untersucht. Dabei ergibt sich nämlich, daß die Mitteilung des § 1829 als Vorstellungsmitteilung nicht den Vorschriften über Anfechtbarkeit von Willenserklärungen unterliegt. Der Vormund kann also nicht etwa, wie das mehrfach angenommen wird,[6]) wegen eines Willensmangels anfechten.[7]) Das Gesetz läßt die rein legalen

---

[1]) Klein S. 1; Manigk a. a. O. S. 643. S. a. Oertmann, Komm. zu § 7 S. 31. Enneccerns I. 1 § 128 (S. 331).
[2]) Manigk a. a. O. S. 702.
[3]) Klein S. 163; Manigk S. 726; ebenso auch v. Thur, II. 1. S. 105 ff, bes. S. 107 und Örtmann, Kom. S. 316.
[4]) So auch Klein S. 138 Anm. 15.
[5]) Klein, S. 163 Anm. 177.
[6]) Kipp, Recht 12 S. 11 f.; Fuchs FR. § 1829 Bem. 2 a.
[7]) Manigk, S. 709; Klein S. 155.

Folgen der Mitteilung nur um der bei dem Dritten entstandenen Kenntnis willen eintreten. Hat der Vormund irrigerweise etwas Falsches mitgeteilt, so hat er den Nachteil dieses Irrtums solange zu tragen, bis er die Mitteilung berichtigt und dem Dritten die Kenntnis von der wahren Sachlage vermittelt hat. Der Vormund kann die falsche Mitteilung also jederzeit richtig stellen.[1])

Ebensowenig kann man bei den Vorstellungsmitteilungen im allgemeinen und bei der Mitteilung des § 1829 im besonderen von einer echten Stellvertretung im Sinne der §§ 164 ff. reden. Wenn der Vormund eine andere Person „beauftragt", die Erteilung der Genehmigung dem Kontrahenten mitzuteilen, so hat dieser nur die Stellung eines Gehilfen oder Boten.[2]) Denn der Inhalt der Mitteilung ist nicht variabel, er ist allein nur die Vorstellung der Tatsache der Genehmigungserteilung. Wenn also von einer Vertretung des Vormundes bei der Mitteilung an den Dritten die Rede ist, so kann sie nur in diesem Sinne verstanden werden.

Teilt der Vormund dem Dritten die Erteilung der Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht mit, fügt er aber dabei ausdrücklich hinzu, daß er trotz der erteilten Genehmigung das Geschäft nicht bestehen lassen will, so hat diese Art der Mitteilung nicht die im § 1829 bestimmte Rechtsfolge. Denn ebenso wie der Vormund die Perfektion des Geschäftes dadurch verhindern kann, daß er die erteilte Genehmigung verschweigt, muß er dieses auch durch eine ausdrückliche Erklärung in dieser Richtung erreichen können. Diese Mitteilung — man kann sie als nachrichtliche bezeichnen — ist eine rechtlich irrelevante Erklärung. Durch sie wird weder die Wirksamkeit der Genehmigung nach außen noch die des Geschäftes herbeigeführt, wie aus § 1829 BGB. und aus § 55 RFGG. sinngemäß hervorgeht.[3])

Umgekehrt kann aber auch die Mitteilung von der Verweigerung der Genehmigung nicht dann schon den ganzen Vertrag gänzlich unwirksam machen, wenn der Vormund gleichzeitig noch erklärt, er habe gegen die die Verweigerung aussprechende Verfügung des Gerichtes Beschwerde eingelegt. In diesem Fall muß die schwebende Unwirksamkeit des Vertrages fortdauern, bis der Beschluß des Beschwerdegerichtes ergangen ist.[4]) Der Dritte kann, auch wenn ihm jetzt eine Auflösung des Vertrages angenehm wäre, diesem Schwebezustand kein Ende bereiten und muß sich die Verfolgung der Sache in der Beschwerdeinstanz gefallen lassen; es sei denn, daß er an den Vormund gemäß § 1829

---

[1]) Manigk S. 709.

[2]) Manigk S. 711; Klein S. 157/8 und Anm. 143 a. A. Breit ZBl. 4 S. 587; Staudinger § 1829 Bem. 3 b; Kipp-Wolff S. 480.

[3]) Vgl. insbesondere Klein S. 9 Anm. 15.: Vor allem gilt es, den naheliegenden Fehler zu vermeiden, eine Mitteilung oder Erklärung bereits deshalb, weil sie im Hinblick auf ein bestehendes Rechtsverhältnis abgegeben wurde, als Rechtshandlung aufzufassen. Sie ist nur dann Rechtshandlung, wenn das Gesetz an diese Mitteilung oder Erklärung irgendwelche Rechtswirkungen knüpft.

[4]) So auch Breit, ZBl. 4 S. 584.

Abs. 2 eine „Aufforderung" richtet.[1]) Würde aber der Vormund bei der Mitteilung von der Verweigerung der Genehmigung seinen Willen, Beschwerde einzulegen, nicht genügend Ausdruck gegeben haben, oder würden die Umstände diesen Willen nicht unzweifelhaft erkennen lassen, so müßte das Entsprechende gelten, wie bei einer unklaren Mitteilung des Vormundes von der erteilten Genehmigung. Die Mitteilung wäre dann also als endgültige anzusehen, der Vertrag also unwirksam. Wenn sich das Beschwerdegericht daraufhin mit der Sache befassen würde, könnte es diese Mitteilung in keinem Fall mehr als nachrichtliche ansehen.[2]) Dieser Standpunkt wurzelt in der Tatsache, daß die Mitteilung auch einen gewissen Schutz für den Dritten enthält, für den sie die Beseitigung eines ihm meistens unangenehmen Schwebezustandes bedeutet. Wenn der Dritte allerdings damit einverstanden ist, daß die Mitteilung als nachrichtliche gelten sollte, und dies z. B. durch Mitunterschreiben der Beschwerdeschrift erklärt, wird man annehmen können, daß der Schwebezustand bis zum endgültigen Spruch des Beschwerdegerichtes fortdauert. Keinesfalls darf aber das Beschwerdegericht zu Gunsten des Vormundes annehmen, daß dieser die Mitteilung nicht als endgültige ansehen wollte.[3]) Er muß daher vor Entscheidung zur Sache immer prüfen, ob die Mitteilung eine endgültige war, oder ob sie der Dritte als solche ansehen konnte und angesehen hat. Stellt die Beschwerdeinstanz fest, daß dies der Fall war, so kann sie eine wirksame Entscheidung mangels sachlicher Zuständigkeit nicht mehr fällen. Ob es zweckmäßig ist, die Wirksamkeit der die Genehmigung betreffenden Verfügung erst mit Rechtskraft eintreten zu lassen, ist eine Frage, die hier nicht näher zu erörtern ist.[4])

§ 18.

Was das formelle Genehmigungsrecht anbetrifft, so interessiert hier an erster Stelle die Frage, wie das Vormundschaftsgericht zur Erteilung seiner Genehmigung veranlaßt wird. Die Genehmigung ist, wie schon des öfteren hervorgehoben, als publizistischer Akt eine Verfügung der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Im Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit wird unterschieden, zwischen Verfügungen, die nur auf Antrag erlassen werden können, (vgl. §§ 18, 20 RFGG.) und solchen, die auf irgend eine andere Weise, z. B. durch Initiative des Gerichtes erfolgen. Zu welcher von beiden Arten die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung zu zählen ist, ist von der Wissenschaft einheitlich in der Weise beantwortet worden, daß die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung von einem Antrag unabhängig ist.[5]) Es ist dagegen etwas anderes, ob das Gericht nur auf einen Antrag hin tätig werden soll. Dies wird von der herrschenden Lehre bejaht[6]) und

[1]) Josef, früher a. A. ZBl. 5 S. 204, jetzt infolge Meinungsänderung ZBl. 5 S. 650; ebenso Schultheiß ebendas. S. 365 ff.
[2]) Dies entgegen Josef a. a. O. S. 651.
[3]) Entgegen Josef a. a. O. S. 652.
[4]) S. hierzu und auch für das vorher Erörterte näheres bei Josef ZBl. 5 S. 209; dagegen Schultheiß, das. S. 364 ff.
[5]) Staudinger, § 1828 Bem. 5 a.
[6]) Dagegen zum Teil anders Goldberg S. 39.

zwar mit der Begründung, daß eine ohne Anforderung erteilte Genehmigung des Gerichtes zwecklos sei, wenn keine begründete Aussicht besteht, daß von der Genehmigung Gebrauch gemacht wird.

Wer kann nun einer dieser Beteiligten sein, wer hat ein Recht auf Stellung dieses Antrages, und wer hat ein Recht darauf, daß sein Antrag Berücksichtigung findet? Diese Fragen interessieren zunächst. Die an einer Genehmigung unmittelbar interessierten Personen sind der Vormund, der Dritte und der Mündel.

Daß der Vormund ein Antragsrecht in dem oben bezeichneten Sinne hat und haben muß, und daß sein Antrag vom Vormundschaftsgericht unbedingt in dem einen oder dem anderen Sinne entschieden werden muß, steht außer Frage, ist doch der Vormund derjenige, für den der Genehmigungszwang eingeführt ist. Bestritten ist aber, inwieweit auch der Dritte oder der andere Teil ein Antragsrecht hat. Dieses Problem ist von verschiedenen Seiten mehrfach beleuchtet worden und man darf sich darauf beschränken, nur kurz die herrschende Meinung anzuführen, die in der Richtung geht, dem Dritten ein Antragsrecht nicht zu geben.[1]) Die Begründung, die Breit für die herrschende Lehre gibt, rechtfertigt durchaus diesen Standpunkt. Er meint, daß der Dritte es nur mit dem gesetzlichen Vertreter, also nur mit dem Vormund zu tun habe, nicht dagegen mit dem Vormundschaftsgericht. Gegen ein solches, dem Dritten zu gebendes Antragsrecht spricht auch noch Folgendes: Das Vormundschaftsgericht wird regelmäßig, wenn es pflichtgemäß handelt, eine Genehmigung nur erteilen, wenn es weiß, daß von ihr Gebrauch gemacht wird, unbeschadet natürlich des Rechtes des Vormundes, keinen Gebrauch zu machen. Würde das Vormundschaftsgericht auf Antrag eines Dritten die Genehmigung dem Vormunde erteilen — denn nur an diesen kann sie gerichtet werden — so müßte es Gefahr laufen, daß der Vormund von der Genehmigung keinen Gebrauch macht; denn wenn der Vormund die Genehmigung des Gerichtes haben wollte, so hätte er selbst sie beantragen können. Das Gericht würde deshalb auf gut Glück dem Vormund die Genehmigung geben. Freilich besteht in dem vorgenannten Fall, wenn der Vormund die Genehmigung selbst beantragt, genau dasselbe Bedenken, daß von der Genehmigung kein Gebrauch gemacht wird. Aber es spricht doch immerhin eine gewisse Vermutung dafür, daß die Genehmigung verwertet wird, während in dem Fall, daß nur der Dritte sie beantragt, eine Vermutung d a f ü r überhaupt nicht besteht, eher d a g e g e n. Da aber das Vormundschaftsgericht den Vormund gegen dessen Ueberzeugung nicht zwingen kann, von der Genehmigung Gebrauch zu machen, würde in all den Fällen, in denen ein Dritter sie beantragt hat, eine Genehmigung ohne begründete Aussicht auf Gebrauchmachung erteilt werden; dies ist mit dem Zweck und dem Inhalt der Genehmigung, in Sonderheit auch mit ihrem Charakter als gerichtliche Verfügung unvereinbar.[3]) Würde das Vormundschafts-

[1]) Anders nur Schultetus S. 107.
[2]) ZBl. S. 476 ff.
[3]) Aehnlich auch Fuchs, Bem. 5 vor § 1821, a. A. Goldberg S. 38 ff.

gericht erst eine Auskunft bei dem Vormund darüber einholen, ob ihm die Erteilung erwünscht ist, so würde sich eine andere Behandlung ergeben. In diesem Fall ist in Wahrheit die Genehmigung nicht auf Antrag des Dritten, sondern auf Antrag des Vormundes erteilt. Es bleibt natürlich dem Dritten unbenommen, bei dem Vormundschaftsgericht eine Erteilung der Genehmigung anzuregen.[1]) Jedoch hat er kein Anrecht auf einen Bescheid.[2]) Das Vormundschaftsgericht müßte sich aber in diesem Fall auch wieder an den Vormund wenden, um festzustellen, ob er einen Antrag stellen will. Sein Einverständnis mit der „Anregung" des Dritten würde dasselbe bedeuten.[3])

Dasselbe muß aber auch für einen Antrag des Mündels gelten, gegen den dieselben Bedenken sprechen, wie gegen den eines Dritten. Der ausschlaggebende Teil bleibt immer der Vormund. Der Mündel hat auch ebensowenig wie der Dritte ein Recht auf Bescheid. Daß er in gewissen Fällen (§ 59 RFGG.) ein Beschwerderecht hat, steht dem nicht entgegen.[4]) Es steht dem Mündel allerdings ebenso wie dem Dritten frei, dem Gericht eine „Anregung" zu geben oder zusammen mit dem Vormunde den Antrag an das Gericht zu stellen.[5]) Sind mehrere Vormünder vorhanden, so hat jeder selbständig ein Antragsrecht. Es würde zu weit führen, in diesem Fall ein Einverständnis zwischen den Vormündern zu fordern.

Der Vormund ist dem Dritten gegenüber auch nicht verpflichtet, die Genehmigung zu beantragen, ebensowenig wie er verpflichtet ist, die erteilte Genehmigung mitzuteilen. Es steht lediglich in seinem freien Ermessen, ob er von seinem Antragsrecht Gebrauch machen will oder nicht. Stellt er einen diesbezüglichen Antrag bei dem Vormundschaftsgericht nicht, so kann nicht etwa der Dritte gegen den Mündel deswegen einen Schadenersatzanspruch geltend machen. Der Vormund kann jederzeit seinen Antrag wieder zurücknehmen, kann auch weiterhin, solange die Genehmigung dem Dritten gegenüber noch nicht wirksam geworden, also von ihm dem Dritten noch nicht mitgeteilt ist, die Zurücknahme der Genehmigung beantragen. Im übrigen gelten, da das Erfordernis des Antrages des Vormundes nur eine Sollvorschrift ist und nur instruktionelle Bedeutung hat, keine besonderen Formvorschriften für diesen Antrag. Er kann in jeder möglichen Form an das Vormundschaftsgericht gerichtet werden. Bei Prüfung dieses Antrages hat das Vormundschaftsgericht unter Umständen gemäß § 12 RFGG. die erforderlichen Ermittelungen vorzunehmen, es darf also nicht etwa wegen eines Mangels des vom Vormund zu seinem Antrage eingereichten Materials den Antrag zurückweisen.[6])

[1]) Goldberg, S. 39, versteht unter dem Wort „anregen" mehr.
[2]) Protokolle IV S. 798; KGJ. 27, S. A 175.
[3]) Aehnlich auch Breit S. 477; Rosenbaum S. 12..
[4]) A. A. Birkenbihl zu § 59.
[5]) Vergl. vor allem Breit ZBl. S. 478, Rosenbaum S. 12, 13, Schmid S. 271.
[6]) Vgl. hierzu Fuchs FR. Bem. 6 vor § 1821.

§ 19.

In unmittelbarem Zusammenhange mit dem Antragsrecht auf Erteilung der Genehmigung steht das Beschwerderecht. Gegen die die Genehmigung erteilende oder versagende Verfügung des Vormundschaftsgerichtes ist prinzipaliter der Rechtsbehelf gegeben, der gegen alle Anordnungen in der freiwilligen Gerichtsbarkeit zur Verfügung steht, die einfache, an keine Frist gebundene Beschwerde. (vgl. § 60 RFGG.). Es ist jedoch im besonderen durch die eigenartige Gestaltung des Genehmigungsrechtes die Beschwerde nicht in allen denkbaren Fällen möglich. Im § 55 Abs. 1 RFGG. heißt es nämlich: „Eine Verfügung, durch welche die Genehmigung zu einem Rechtsgeschäft erteilt oder verweigert wird, kann von dem Vormundschaftsgericht insoweit nicht mehr geändert werden, als die Genehmigung oder deren Verweigerung einem Dritten gegenüber wirksam geworden ist.“ Für das Beschwerderecht gilt nach § 62 RFGG. das Entsprechende: „soweit eine Verfügung nach § 55 von dem Vormundschaftsgericht nicht mehr geändert werden kann, ist auch das Beschwerdegericht nicht mehr berechtigt, sie zu ändern“. Diese Vorschriften enthalten einen Schutz des kontrahierenden Dritten, der sich auf die ihm mitgeteilte Verfügung verlassen soll. Sie enthalten weiterhin zwingendes Recht und können nicht im Einverständnis des Dritten auf dispositivem Wege umgangen werden. Aber nur das wirksam gewordene Geschäft erzeugt dieses Widerrufsverbot. Ist das Geschäft als solches, aus irgend einem Grunde ungültig, nichtig, unwirksam, so entfällt damit auch die Gebundenheit des Gerichtes und die Genehmigung kann jederzeit zurückgenommen, bezw. im Beschwerdewege gegen sie angegangen werden.[1])

Eine weitere Einschränkung des Beschwerderechtes ergibt sich noch durch die praktische Anwendung der Genehmigung. Denkbar ist die Beschwerde, wie schon erwähnt, gegen eine die Genehmigung erteilende und gegen eine sie verweigernde Verfügung. Gegen eine ersterer Art wird aber einmal schon deshalb kaum angegangen werden, weil die Erteilung der Genehmigung im Willen der Geschäftsparteien liegt. Weiterhin hat aber der Vormund es nach materiellem Recht in der Hand, das Geschäft durch Verschweigen der Genehmigung nicht zu perfizieren. Erscheint ihm also die Genehmigung aus irgend einem im Interesse des Mündels liegenden Grunde nicht angebracht, so ist es für ihn zweckmäßig, die Erteilung der Genehmigung dem Dritten gegenüber zu verschweigen, anstatt den Weg der Beschwerde zu gehen. Man wird daher aus diesem Grunde dem Vormund ein Beschwerderecht hierfür überhaupt versagen müssen. Fuchs behauptet weiterhin im Anschluß an eine Kammergerichtsentscheidung,[2]) daß dem Vormund gegen die Erteilung der Genehmigung die Beschwerde mit dem Ziele der Aufhebung der

---

[1]) Vgl. Breit S. 484.

[2]) KGJ. 34 S. A. 49. Vgl. auch für die Zeit vor dem R.F.G.G. K.G.: KGJ. 12, S. 61 und 23, S. A 173 (Nr. 48).

Genehmigung dann zustehe, wenn die Genehmigung einem Dritten, nicht vom „Vormunde zu deren Entgegennahme Bevollmächtigten gegenüber erklärt und diesem, der mit dem Genehmigungsvermerk versehene Vertrag ausgehändigt" wird.[1]) Dieser Ansicht ist nicht zu folgen. Der Vormund kann in diesem Falle keine Beschwerde einlegen, denn die anzugreifende Verfügung des Vormundschaftsgerichtes entbehrt der Wirksamkeit, da sie nicht dem Vormunde, sondern einem Dritten bekannt gegeben ist. Gegen eine unwirksame Verfügung ist aber nicht noch eine Beschwerde angängig. Einer Beschwerde gegen die Genehmigung zu einem nicht genehmigungsbedürftigen Geschäft wird, sofern die Genehmigungsverfügung als solche wirksam ist, stattzugeben sein.[2])

Denkbar ist weiterhin, daß auch die Erteilung der Genehmigung eine Beeinträchtigung des Mündels darstellt, dann nämlich, wenn ohne seine Anhörung oder entgegen seinem Widerspruch das Vormundschaftsgericht einen im § 1827 bezeichneten Vertrag abschließt. Zu den in diesem Paragraphen aufgeführten Verträgen soll der (mindestens 14jährige Mündel) gehört werden. Da diese Bestimmung nur eine Sollvorschrift enthält, ist eine ohne Anhörung des Mündels erteilte Genehmigung gültig. Es muß aber aus der Existenz dieser Vorschrift gefolgert werden, daß der Mündel auf die Erteilung oder Versagung der Genehmigung einen gewissen Einfluß auszuüben in der Lage sein muß. Wird ihm diese Möglichkeit abgeschnitten dadurch, daß er nicht gehört wird, so muß es ihm möglich sein, anderweit seine Bedenken zu äußern. Dies kann nur durch eine Beschwerde erreicht werden. Es kann keinem Bedenken unterliegen, dem Mündel in einem solchen Fall ein Beschwerderecht zu geben.

Dasselbe muß aber auch gelten, wenn über den Einspruch des Mündels hinweg die Genehmigung erteilt wird. Versagt man in diesem Fall dem Mündel die Beschwerde, so wäre es zwecklos, den Mündel vorher zu hören. Es müssen dem Mündel daher, wenn er schon einmal gehört werden kann, auch alle Wege offen stehen, seine Einwendungen geltend zu machen. Unterliegen diese der Würdigung des Vormundschaftsrichters, so muß der Mündel sie bei falscher Würdigung im Beschwerdeweg erneut geltend machen können. Daraus folgt, daß der Mündel auch bei Erteilung der Genehmigung Beschwerde gegen sie einlegen kann, solange allerdings nur, als der Vertrag selbst noch nicht wirksam geworden ist.[3]) Aus denselben Erwägungen heraus ist auch dem Gegenvormund, dessen Anhörung in gewissen Fällen vorgeschrieben ist, ein Beschwerderecht zu geben.[4])

In der Literatur ist die Frage aufgeworfen worden, die auch in der Praxis Gegenstand verschiedener Entscheidungen geworden ist, ob dem

---

[1]) Fuchs FR. Bem. 9 a. E. zu § 1828.
[2]) Vgl. Breit, ZBl. S. 485 Anm.*)
[3]) Ebenso Goldberg S. 54; Fuchs FR. Bem. 9 zu § 1828; vgl. auch Staudinger § 1828. Bem. 5 b (früher anscheinend a. A.) und die dort zit. Rechtspr. u. Literatur.
[4]) Vgl. Staudinger § 1826 Bem. 3.

mit dem Vormund kontrahierenden Dritten eine Berechtigung zur Beschwerde zu geben ist. Wenn hier und da einer solchen Beschwerde eines Dritten stattgegeben wurde, so stützten sich die Beschwerdegerichte in ihrer Entscheidung auf den § 20 RFGG.: „Die Beschwerde steht jedem zu, dessen Recht durch die Verfügung beeinträchtigt ist". Sie nahmen meistens an, daß mit diesem Recht ein Privatrecht gemeint sei.[1]) Diese Ansicht hat aber keinen Anklang gefunden.[2]) Daß durch die Verweigerung der Genehmigung ein Privatrecht verletzt werde, glaubt Dorner. Er meint. daß ebenso wie der Mündel im Grunde genommen auch der Dritte durch eine solche Verweigerung in seinem Privatrecht verletzt sei.[3]) Der Mündel habe ein durch das Rechtsgeschäft schon begründetes Privatrecht, das durch die Verweigerung der Genehmigung beeinträchtigt wird und dadurch eine Beschwerde rechtfertige. Im Prinzip müsse dieses auch für den Dritten gelten, nur würde eine gemäß § 20 RFGG. einzulegende Beschwerde des Dritten in Hinsicht auf §§ 55, 62 RFGG. kaum praktisch werden.

Dagegen wird eingewendet, daß eine solche Ansicht nur für den Fall eines vor Nachsuchung der Genehmigung vorgenommenen Rechtsgeschäftes Verwendung finden könne.[4]) Im übrigen ist es nicht ersichtlich, welches Privatrecht verletzt sein soll. Auch darf nicht verkannt werden, daß das zu genehmigende Rechtsgeschäft durch die Erteilung der Genehmigung gesetzlich bedingt ist, der Mündel sowohl wie der Dritte also nur einen bedingten Anspruch haben. Wenn die Bedingung nicht eintritt, kann dadurch keine Beeinträchtigung erfolgen.

Daß durch die Verweigerung der Genehmigung ein Recht des Mündels verletzt wird, ist unbestreitbar, andernfalls würde er, bezw. der Vormund gemäß § 20 Abs. 1 RFGG. kein Beschwerderecht haben. Das verletzte Recht kann aber nur ein öffentliches Recht des Mündels sein, und zwar ist es das allen bevormundeten Personen gegen den Staat zustehende Recht auf Schutz und auf ordnungsgemäße Führung der Obervormundschaft.[5]) Der Dritte dagegen tritt niemals in unmittelbare Beziehung zu dem Vormundschaftsgericht, sondern nur zu dem Vormund. Er kann dem Staate gegenüber kein solches oder entsprechendes Recht haben. Weiterhin spricht aber auch gegen ein Beschwerderecht des Dritten, daß der Vormund, wenn das Gericht einer solchen Beschwerde des Dritten stattgeben und die Genehmigung erteilen würde, gegen seine Ueberzeugung nicht zum Gebrauchmachen gezwungen werden kann.

---

[1]) Z. B. Beschluß des KG. v. 14. IV. 1902 (KGJ. 24 S. A 16).

[2]) Dorner, Erl. 4 zu § 20; Josef, Erl. 1 c zu § 20, ders. Z.Z.P. 28 S. 300, du Chesne, ZBl. 2, S. 624 ff.; 3 S. 324 ff.; 4 S. 189.

[3]) a. a. O.; ebenso Schultzenstein Z.Z.P. 25 S. 215.

[4]) Breit, S. 486.

[5]) Breit, S. 487. Für die Verletzung eines öffentlichen, aber anders gearteten Rechtes (z. T. unzutreffend) Josef, Z.Z.P. 28 S. 304 ff.; Weißler, § 20, Bem. 2. Für ein Recht auf gesetz- und sachgemäße Entscheidung; Fuchs, Kommentar § 20, Bem. 3; Birkenbihl, § 20, Bem. 2b; du Chesne, ZBl. 3 S. 326.

Würde also der Beschwerde des Dritten, ohne daß sich der Vormund ihr angeschlossen hat, stattgegeben werden, so spricht eine Vermutung dagegen, daß von der Genehmigung Gebrauch gemacht wird. Es wäre daher aus diesem Grunde zwecklos, den Dritten zur Beschwerde zuzulassen. Ihm ist daher ein Beschwerderecht zu versagen.[1])

§ 20.

Für die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung sind im BGB. besondere Formvorschriften nicht aufgestellt. Da die Genehmigung eine Verfügung gemäß § 55 RFGG. ist, wird sie gemäß § 16 RFGG. mit der Bekanntmachung an den Vormund wirksam. Die einzige formelle Voraussetzung ist also, daß sie dem Vormund vom Gericht mitgeteilt wird. Wie diese Bekanntmachung erfolgt, ist gleichgültig. Sie kann mündlich oder schriftlich,[2]) durch einfache schriftliche Mitteilung oder durch Zustellung der Verfügung, zu Protokoll des Richters oder des Gerichtsschreibers oder durch Mitteilung seitens eines ersuchten Gerichtes geschehen. Aber auch eine stillschweigende Erteilung, insbesondere durch schlüssige Handlung, ist nicht ausgeschlossen, wenn der Vormund den Willen des Gerichtes erkennen kann.[3]) Eine Bedingung ist nur immer für die Wirksamkeit der Genehmigung zwingend, der Vormund muß durch das Vormundschaftsgericht von der Erteilung der Genehmigung Kenntnis erlangt haben. Deshalb liegt eine gültige Bekanntmachung nicht vor, wenn das durch das Vormundschaftsgericht benachrichtigte Grundbuchamt dem Vormund neben der Eintragung der Verfügung auch die Erteilung der Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht bekannt gibt.[4]) Ebensowenig ist die Mitteilung eines Dritten von der erteilten Genehmigung eine Bekanntmachung im Sinne des § 16 RFGG., es sei denn, daß dieser Dritte vom Vormundschaftsgericht zur Ueberbringung beauftragt ist. Auch genügt nicht die Bekanntmachung an den Mündel.[5])

---

[1]) So die herrschende Lehre, insbes. Fuchs, FR. § 1828, Bem. 9; Staudinger, Bem. 5b und die bei den beiden angeführte Literatur; a. A. nur noch Dernburg FR. S. 383.

[2]) Vgl. Urteil des Reichsgerichts (II. Senat) v. 20. X. 1926. RG. Bd. 115, S. 176.

[3]) So auch Schultetus S. 107; Staudinger § 1828 Bem. 4; Planck Bem. 1, Fuchs, Komm. Bem. 4, RGRK. § 1821 Bem. 1; Zweifelnd Kipp-Wolff, S. 478 Anm. 42; a. A. Endemann § 214 Anm. 82; Opet-Blume Bem. 3 b zu § 1828.

[4]) So auch Manigk in DJZ. 1928 S. 1439: „. . . . wobei zu bemerken bleibt, daß § 1828 nur eine dem Vormund gegenüber zu erteilende Genehmigung kennt, nicht eine Mitteilung an ihn von anderweit erteilter Genehmigung.“ Vgl. auch RG.-Urteil v. 7. 12. 1904 (V. Senat) RG. Bd. 59, S. 277, besond. 278 79; Urteil v. 1. Juni 1926 (III. Senat) RG. Bd. 114, S. 38.

[5]) Anders Breit S. 477.

Etwas anderes ist es dagegeen, welche Form am zweckmäßigsten ist. Hierfür spielt es eine Rolle, daß die Bekanntmachung an den Vormund nicht nur für diesen, sondern auch für andere Personen und Behörden Bedeutung hat. So ist ein vom Vormund vorgenommenes einseitiges, genehmigungsbedürftiges Rechtsgeschäft nur dann wirksam, wenn der Vormund die vorher erteilte Genehmigung [1]) dem anderen in schriftlicher Form vorlegt (§ 1831 Satz 2).

§ 21.

Von Wichtigkeit ist ferner der Nachweis der Genehmigung für den Grundbuchverkehr. Gemäß § 29 GBO. sind die Voraussetzungen der Eintragung in das Grundbuch durch öffentliche Urkunden (oder im besonderen Fall des § 29 S. 1 GBO. durch Protokoll vor dem Grundbuchamte) nachzuweisen. Es ist bestritten, ob dem Grundbuchrichter auch die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes durch öffentliche Urkunden nachgewiesen werden muß. Schlomka [2]) hat sich mit der Begründung dagegen ausgesprochen, daß die Grundbuchordnung die formellen Voraussetzungen für die Eintragung in das Grundbuch geregelt habe. Formelle Voraussetzungen, die im BGB. erfordert sind, seien nicht „andere Voraussetzungen" im Sinne des § 29 GBO. „Da nun Bestimmungen über die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung in der Grundbuchordnung nicht zu finden, solche vielmehr nur im BGB. gegeben sind, so können sie nur materiellen Rechts, im besonderen bloß vormundschaftsgerichtlicher Natur sein; keinesfalls können sie für das Grundbuchwesen formelle Bedeutung haben. Der Grundbuchbeamte hat demgemäß die Eintragung einer Rechtsänderung von dem Nachweise der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung nicht abhängig zu machen." Das Verlangen dieses Nachweises, sei sogar, da es Betätigung vormundschaftlicher Fürsorge darstelle, gar nicht seines Amtes.[3])

Mit Recht steht aber die herrschende Lehre auf dem entgegengesetzten Standpunkt.[4]) Schultheiß[5]) hat die Auffassung Schlomkas widerlegt und bewiesen, daß dieser von falschen Voraussetzungen ausgehend zu seiner Ansicht gekommen ist. Die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung ist als eine der Voraussetzungen für die Eintragung in das Grundbuch dem Grundbuchrichter nachzuweisen. Ist die Genehmigung eine nachträglich erteilte, so muß dem Grundbuchrichter auch vom Vor-

---

[1]) Liegt eine vorhergehende Genehmigung nicht vor, so ist das Geschäft unheilbar nichtig und kann auch durch nachträgliche Genehmigung nicht geheilt werden. (So die herrschende Lehre insbes. Staudinger Bem. 1 zu § 1831 und auch die Rechtspr. insbesondere KG.: KGJ. 21, S. A. 197). Diese kann jedoch als vorherige Genehmigung zu einem erneut vorzunehmenden Geschäft anzusehen sein.

[2]) ZBl. S. 871 ff., insbes. S. 879 f.

[3]) Schlomka a. a. O. S. 880/881.

[4]) Goldberg, S. 91 f.; Dörr S. 379; Staudinger Bem. 9 zu § 1829 und die dort Zitierten.

[5]) ZBl. 3 S. 261 f.

mund nachgewiesen werden, daß er die Genehmigung dem anderen Teil (gemäß § 1829 Abs. 1 S. 2) mitgeteilt hat. Der Nachweis in diesen beiden Fällen ist, da er nur durch öffentliche Urkunden geführt werden kann, am zweckmäßigsten durch Zustellungsurkunden zu erbringen. Es empfiehlt sich daher, für solche Geschäfte, die der Eintragung in das Grundbuch unterliegen, den Weg der öffentlichen Zustellung zu wählen. Den Nachweis der Bekanntmachung an den Vormund kann dieser, wenn die Bekanntmachung zum Protokoll des Richters oder Gerichtsschreibers erfolgt, durch Bezugnahme auf den Aktenvermerk oder durch eine Abschrift des Protokolles führen. Auch die Vorlegung der Genehmigungsverfügung durch den Vormund wird als genügender Nachweis anzusehen sein, besonders wenn die Verfügung mit dem Vermerk „zu schreiben an Vormund N. N. . . . .“ versehen ist.[1])

Ist die Genehmigung vor Vornahme des Geschäftes durch den Vormund erteilt, so bedarf es eines Nachweises der Mitteilung des Vormundes an den anderen Teil nicht, da die Genehmigung mit Vornahme des Geschäftes wirksam wird. Die Bekanntmachung der Genehmigung seitens des Gerichtes an den Vormund muß aber auch in diesem Fall belegt werden. Nimmt der Grundbuchrichter die Eintragung einer Rechtsänderung, zu der die Genehmigung des Vormundschaftsrichters erforderlich ist, ohne diese vor, so ist das Grundbuch unrichtig geworden. Da die Unrichtigkeit eine Folge der Verletzung gesetzlicher Vorschriften durch das Grundbuchamt ist, so ist von Amts wegen ein Widerspruch einzutragen. (§ 54 GBO.).

Das ganze Verfahren bei Erteilung der Genehmigung, Bekanntmachung an den Vormund, Mitteilung des Vormundes an den Kontrahenten, Empfangnahme der Mitteilung durch diesen, kann dadurch vereinfacht werden, daß eine Person mit allem betraut wird. Wie schon erwähnt, kann ein Dritter sowohl vom Vormund mit der Mitteilung der Genehmigung, als auch vom anderen Teil zur Empfangnahme der Mitteilung beauftragt werden.[2]) Es steht auch dem nichts im Wege, daß der Vormund einen Dritten mit der Empfangnahme der Bekanntmachung (§ 18 RFGG.) bevollmächtigt. Regelmäßig wird das so geschehen, daß eine Person, der den Vertrag beurkundende Notar, von beiden Seiten mit der Wahrnehmung des Genehmigungsverfahrens beauftragt wird. Es liegt dann ein Fall des Selbstkontrahierens vor, der gemäß § 181 BGB. statthaft ist. Es wird aber der Vertrag, wie Fuchs[3]) mit Recht bemerkt, erst dann wirksam, wenn der Notar seinen Willen, von der Genehmigung Gebrauch zu machen, in erkennbarer Weise zum Ausdruck bringt, in dem er z. B. beiden Parteien vom

---

[1]) Breit S. 598 Anm. †).
[2]) Vgl. hierzu oben S. 51.
[3]) Fuchs, FR. Bem. 2 d zu § 1829.

Empfang der Genehmigung Mitteilung macht oder beim Grundbuchamt eine Eintragung beantragt.[1])

Es kann auch der Gegenkontrahent vom Vormund mit Entgegennahme der Genehmigung beauftragt werden. Ist sie diesem dann erteilt, so hat er dem Vormund davon Nachricht zu geben unter gleichzeitiger Aufforderung zur Aeußerung, ob der Vormund von der Genehmigung Gebrauch zu machen beabsichtige.

Bedenklich erscheint es mir dagegen, daß der Vormund auch als Vertreter des Gegenkontrahenten in der Empfangnahme der „Mitteilung" fungieren kann. Es würde in diesem Fall der Vormund mit sich selbst kontrahieren, was nach § 181 BGB. unzulässig wäre, da ihm niemand dies gestattet hat. Besteht das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit, so würde dieses Bedenken entfallen.[2])

§ 22.

Wird die Genehmigung von einem unzuständigen Richter erteilt oder verweigert (vgl. §§ 35, 36 RFGG. und Art. 147 E.G.B.G.B.) oder von einem solchen, der von der Ausübung des Richteramtes ausgeschlossen ist (§ 6 RFGG.), so ist sie trotzdem rechtsgültig und wirksam erteilt. Dies besagt der § 7 RFGG. Bedenken, diesen Paragraphen für die die Genehmigung erteilende oder versagende Verfügung nicht anzuwenden, bestehen nicht. Es ist von Breit[3]) noch auf einen Weg hingewiesen worden, einen Richter für gewisse Fälle bei der Erteilung der Genehmigung von seiner Tätigkeit auszuschließen. Der § 1795 BGB. schließt in gewissen Fällen die dem Vormund vom Gesetz verliehene Vertretungsmacht wegen der Gefahr der Kollision der Interessen des Mündels mit denen des Vormundes zum Schutze des Mündels gegen Mißbrauch aus, ohne Rücksicht darauf, ob im einzelnen Fall ein Mißbrauch zu besorgen ist oder nicht.[4]) Breit wirft die Frage auf, ob diese Vorschrift auch für den Vormundschaftsrichter entsprechende Anwendung finden kann und verneint sie gleichzeitig. Eine Anwendung scheitert an dem in den §§ 6 und 7 RFGG. aufgenommenen Vorschriften. Hier sind einmal schon die Ausschließungsgründe erschöpfend ausgeführt, andererseits ist in ihm die Regel aufgestellt, daß Verfügungen, die von kraft Gesetzes ausgeschlossenen Richtern vorgenommen worden sind, wirksam sind. Eine Abweichung von dieser Regel nur auf Grund analoger Anwendung materiell rechtlicher Normen würde unzulässig sein,[5]) wenn auch eine entsprechende Anwendung jener Vorschrift de lege ferenda begrüßenswert wäre.

---

[1]) Vgl. Kockerols, ZBl. 1 S. 438 f.; ders. Seufferts Bl. 66 S. 18; Schultheiß ZBl. 7 S. 265; Breit ZBl. 4 S. 588; KG.: Rechtspr. d. OLG. 5 S. 406; a. A. Oehl S. 145 f. und wohl auch Engelmann DNotV. 23 S. 95.

[2]) So Kipp-Wolff, S. 480/81 Anm. 50; a. A. Fuchs FR. Bem. 2d a. E. zu § 1829.

[3]) S. 595 f. a. a. O.

[4]) Motive IV S. 1088.

[5]) Breit S. 596.

Lebenslauf.

Ich bin am 7. Januar 1905 als Sohn des damaligen Oberlehrers, jetzigen Oberstudiendirektors Prof. Dr. Heinrich Burhenne und seiner Ehefrau Lilly geb. Köbrich in Marburg an der Lahn geboren. Ich besuchte bis Michaelis 1917 das dortige Realgymnasium, von da an bis 1923 das Realgymnasium und die Oberrealschule zu Berlin-Mariendorf. Das juristische Studium begann ich in Marburg, studierte dann noch in Berlin und Kiel, wo ich im Juli 1928 die erste juristische Staatsprüfung bestand. Das mündliche Doktorexamen bestand ich am 14. Dezember 1929 in Marburg.